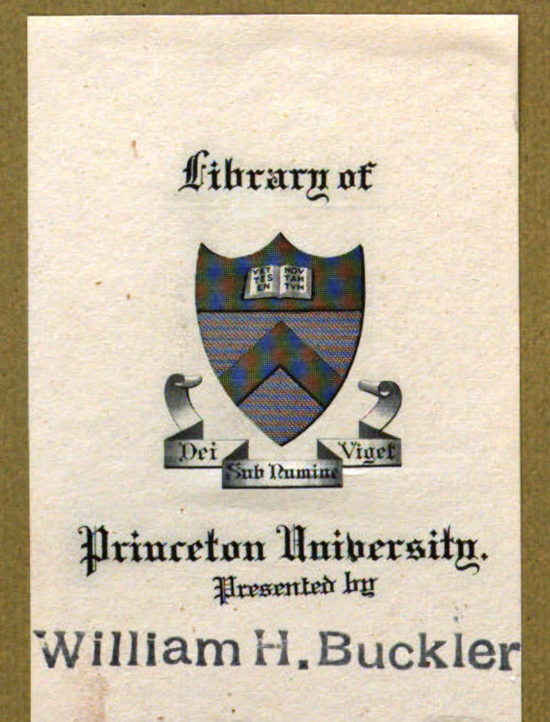
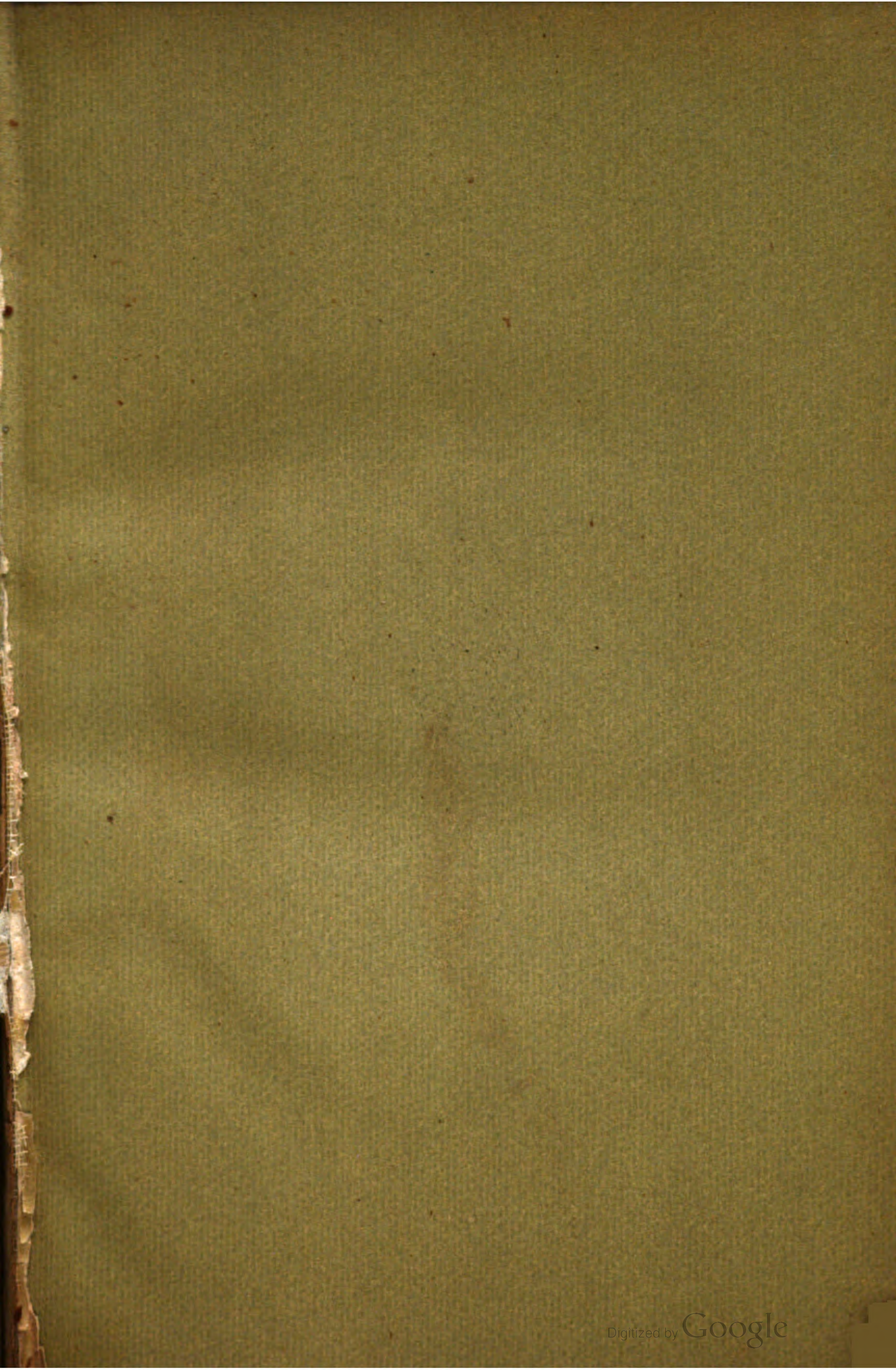



Library of
VET TES EN
NOV TAM TUM
Dei Sub Numine Viget
Princeton University.
Presented by
William H. Buckler



Iherings Jahrbücher

für die

Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger,
Präsidenten des Reichsgerichts in Wien

Dr. Otto Gierke
Geh. Justizrath u. Professor in Berlin

Dr. Emil Strohal,
Professor in Leipzig

Dr. Otto Fischer,
Professor in Breslau

herausgegeben

von

Dr. Ferdinand Regelsberger und **Dr. Victor Ehrenberg,**
Professoren an der Universität in Göttingen.

Neununddreißigster Band.

Zweite Folge III. Band.

39. Band von „Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts".

Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1898.

Inhalt.

		Seite
I.	Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht. Von Franz Kahn	1
II.	Zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Von August Ubbelohde	113
III.	Zur Lehre von der sog. condictio generalis. Von Ludwig Mitteis	153
IV.	Willkür und Willenserklärung. Von Franz Leonhard	174
V.	Die Verantwortlichkeit des Eigenthümers für seine Thiere. Von Dr. Hermann Isay, Referendar in Trier	209
VI.	Partikulares Gewohnheitsrecht? Von Dr. Carl Crome, Professor der Rechte an der Universität Berlin	323
VII.	Beiträge zur Auslegung des deutschen B.G.B. Von Professor Dr. W. von Blume in Marburg	390
VIII.	Die Schuldübernahme und die §§ 414—416 des B.G.B. Von Regelsberger	463

I.

Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht.

Von Dr **Franz Kahn**, Amtsrichter a. D., Mannheim.

Vorbemerkung.

Ein sehr großer Theil der im internationalen Privatrecht stets sich erneuernden Verirrungen und Verwirrungen wird dadurch genährt, daß es an klaren und gemeinverständlichen Bezeichnungen für die elementarsten Dinge fehlt.

Wir haben darum hier eine kurze terminologische Bemerkung vorauszuschicken — genauere Erörterung der angedeuteten Grundbegriffe vorbehalten.

„Kollisionsnorm" nennen wir (mit Niemeyer) im Allgemeinen jede Norm des internationalen Privatrechts. Die Bezeichnung ist durchaus nicht einwandsfrei, aber sie ist knapp und gebräuchlich. (Unter „internationalem Privatrecht" verstehen wir hier ausschließlich die Lehre von der früher sogenannten collisio statutorum [conflict of laws].)

Im Gegensatz zu den Kollisionsnormen nenne ich „Sachnormen" die materiellen Privatrechtssätze, deren örtliches Anwendungsgebiet durch jene (die „Ortsnormen") geregelt wird.

Die Kollisionsnorm (Ortsnorm) ist entweder nur Anwendungsnorm (Ausdehnungsnorm) oder Abgrenzungsnorm (Grenznorm).

„Anwendungsnorm" oder „Ausdehnungsnorm" nenne ich (Niemeyer sagt: „einseitige Kollisionsnorm") eine Norm, welche nur das Anwendungsgebiet eines bestimmten Territorialrechts regelt. Beispiel: „Die persönlichen Rechtsbeziehungen deutscher Ehegatten zu einander werden nach den deutschen Gesetzen bestimmt."

„Abgrenzungsnorm" oder „Grenznorm" (Niemeyer: „vollkommene Kollisionsnorm") ist eine Norm, welche bezweckt, das Herrschaftsgebiet verschiedener Privatrechtsordnungen unter einander abzugrenzen. Beispiel: „Die Handlungsfähigkeit einer Person wird nach den Gesetzen des Staates beurtheilt, welchem die Person angehört."

Die Ausdehnungsnorm ist das Ursprüngliche. Aus Ausdehnungsnormen sind alle Grenznormen entstanden. Neben einer ausgebildeten Grenznorm kann aber eine weitergreifende Ausdehnungsnorm bestehen, die ihrerseits den Keim zur Grenznorm nicht in sich trägt (z. B. Art. 7 Abs. 1 und 3 des E.G. zum B.G.B.). In diesem Fall — wenn die Ausdehnungsnorm nicht zur Grenznorm erweitert werden soll — rede ich von „strikten Ausdehnungsnormen".

Unter „Anknüpfung" („Anknüpfungsbegriff"; vergl. meine „Gesetzeskollisionen", Ihering's Jahrb., Bd. 30 S. 55 ff.) verstehe ich den Kompetenzgrund für die örtliche Herrschaft einer Sachnorm. M. a. W.: Anknüpfung ist diejenige „staatliche Beziehung" (Zitelmann), von welcher eine Kollisionsnorm Gebrauch macht, um ein bestimmtes Rechtsverhältniß an ein bestimmtes Territorialrecht zu knüpfen.

Die Anknüpfung kann unter Umständen eine mehrfache sein: z. B. Ort des Rechtsgeschäfts und Staatsangehörigkeit der handelnden Person; Wohnsitz des Erblassers und Lage der vermachten Sache.

Die mehrfachen Anknüpfungen können gleichwerthig

oder ungleichwerthig sein. Gewöhnlich ist letzteres der Fall. Wir haben dann eine primäre und eine (oder auch mehr als eine) subsidiäre Anknüpfung. Beispiele: E.G. Art. 7, 12, 16, 17; vergl. Gesetzeskollisionen S. 29 und die in Niemeyer's Materialien Nr. 152, 162, 172, 232, 241, 245, 251, 263, 274, 278, 280 citirten Gesetze.

In der Regel bildet sich in solchem Falle aus der primären Anknüpfung die Grenznorm, während es bezüglich der subsidiären Anknüpfung bei der Ausdehnungsnorm verbleibt. Beispiel: „Die Handlungsfähigkeit einer Person richtet sich nach dem Heimathrecht derselben. — Die Handlungsfähigkeit eines Ausländers wird nach den Gesetzen des Inlands beurtheilt, wenn eine Verpflichtung aus einer im Inland vorgenommenen Handlung in Frage steht" (vergl. sächs. B.G.B. §§ 7 u. 8). Hier ist primäre Anknüpfung mit Grenznorm: Heimath der Person; subsidiäre Anknüpfung mit strikter Ausdehnungsnorm: locus actus. Es könnte ebenso gut das umgekehrte Prinzip anerkannt sein, wie es z. B. in Nordamerika der Fall ist. Wir meinen: primäre Anknüpfung könnte locus actus sein; subsidiäre Anknüpfung Heimath (Domizil) der Person.

Die mehrfachen Anknüpfungen — sei es gleichwerthige, sei es ungleichwerthige — können aber auch jede den Keim zur Grenznorm in sich tragen. Beispiele sind: E.G. Art. 11, 17 Abs. 2 u. 3, 24; Haager Beschlüsse über das Eheschließungsrecht Art. 1 u. 2; über Ehescheidungsrecht Art. 1 u. 4; über Elternrecht Art. 1; über Erbrecht Art. 3 (dazu die Feststellung des Präsidenten Asser in der Sitzung vom 12. Sept. 1894, Actes II p. 120); A.P.L.R. Einl. §§ 26, 27, 35; österr. B.G.B. § 35; die Beschlüsse von Montevideo Art. 23; das ungarische Ehegesetz, abgedruckt in Böhm's Zeitschr., Bd. 6 S. 283 u. a. m.

Grenznormen mit mehrfachen Anknüpfungen sind gleichbedeutend mit einer Gesetzeshäufung. Die Gesetzeskumulation, so widersinnig sie erscheint[1]), ist vielfach geltendes Recht[2]) und bildet ein mit großen Schwierigkeiten verbundenes Problem.

Erste Abhandlung.

Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze).

§ 1. Einleitung.

Unter der Lehre vom ordre public als solcher pflegt man die italienische — besser gesagt: die romanische[3]) — Schule des internationalen Privatrechts zu verstehen. Sie erfreut sich bei uns in Deutschland keiner besonderen Beachtung. Stößt man nicht längst geöffnete Thüren ein, wenn man sich sehr ernsthaft mit ihrer Widerlegung befassen will? Man könnte es beinahe glauben. Bar hat jene Theorie besprochen und verworfen, eine kurze und gute Kritik Strisower's hat sie in Oesterreich abgethan. Ein modernes Handbuch des internationalen Privatrechts kann daher behaupten, die genannte Schule „dürfe heute so ziemlich als überwunden angesehen werden"[4]).

---

1) Vergl. meine „Gesetzeskollisionen", S. 117 ff., 125 ff. und die Aeußerung Beelaart's de Blokland auf dem Haager Kongreß, Actes II p. 77.

2) Anzuziehen wären z. B. noch R.G. Entsch., Bd. 31 S. 154 ff.; Bolze, Bd. 16 Nr. 9; Bar, Theorie, Bd. 1 S. 341, Bd. 2 S 106, 107, 110 f., 179 f., 211 ff., 306 f., 315, 331, 343 f., 348 f., 580; Fiore, Nr. 143; Westlake, §§ 2, 18 ff., 21 ff., 85, 86 — womit nicht gesagt sein soll, daß alle diese Gesetzeshäufungen u. E. geltendes Recht seien.

3) Die Schule, obschon von Mancini begründet, hat in den anderen Ländern romanischer Zunge die nämliche Verbreitung und Förderung gefunden, wie in Italien. Zudem stammt bekanntlich das umfangreichste und verbreitetste Werk der neuen Richtung aus Belgien.

4) Jettel, Handbuch des internat. Privat- und Strafrechts 2c., Wien und Leipzig 1893, S. 4.

Unseres Erachtens ist diese Behauptung jedoch eine so gründliche Verkennung der Sachlage, daß sie sich nur durch eine souveräne Ignorirung der gesammten außerdeutschen Theorie und Praxis erklären läßt. Betrachtet man die Sache vom universellen Standpunkt, so dürfte sich ein ganz anderes Bild ergeben. In Wahrheit kann man sagen, daß die moderne Statutenlehre heute völlig den Platz einnimmt, welchen ihre Vorgängerin zwei Jahrhunderte lang behauptet hat. Die gesammte romanische Rechtswelt steht, mit verschwindenden Ausnahmen [1]), unter dem sicheren Banne Mancini's und Laurent's. Man braucht, um sich hiervon zu überzeugen, nur einen beliebigen Band von Clunet's **Journal de droit international privé** — dem **Corpus juris civilis internationalis** — aufzuschlagen. Die Bedeutung dieser Thatsache läßt sich nur dann richtig ermessen, wenn man berücksichtigt, daß heute die romanische Literatur wohl 90 Proz. der Gesammtliteratur des internationalen Privatrechts ausmachen dürfte. Mehr noch als das: auch dort, wo man die Schule — wie bei uns und in England-Nordamerika — nicht kennt oder nicht anerkennt, sickert ihr Grundgedanke unmerklich zu allen Ritzen herein [2]). Wir haben es eben hier mit einer jener Ideen zu thun, welche — mögen sie nun richtig oder falsch sein — nicht erfunden, sondern ent-

1) Als solche Ausnahmen sind zu nennen die — wenig bedeutende — Doktor-Dissertation Boissarie's, De la notion de l'ordre public en droit international privé, Paris 1888, und Jitta's geistvolles, aber etwas zu subjektives Buch („La méthode du droit international privé", La Haye 1890). Auch für Jitta ist gleichwohl die italienische Schule „un fait des plus remarquables et d'une importance immense" (p. 142).

2) „da penetrando più o meno palesamente dovunque": Laghi, Il diritto int. pr. nei suoi rapporti colle leggi territoriali, Vol. I, Bologna 1888. Vergl. auch Despagnet in Clunet, XVI p. 10 f.; Pillet, De l'ordre public en droit int. privé, Grenoble et Paris 1890, préf. S. unsere Belege unten S. 36 ff.

deckt werden, weil sie in der Luft liegen. Es läßt sich nachweisen, daß der Samen der Lehre schon allerwärts herumflog und hier und dort Wurzel geschlagen hatte, lange bevor sie in Italien und Frankreich so plötzlich und üppig in Blüthe geschossen ist. So allein ist es auch zu erklären, daß Laurent unabhängig von den Italienern auf die Theorie gekommen ist und sie gleichzeitig mit jenen in der gleichen Form und fast mit den gleichen Worten proklamiren konnte.

Auf dem gesammten Gebiete des internationalen Privatrechts ist heute der ordre public absoluter Herrscher. Mag er offen und unbestritten als „statut réel" den Thron einnehmen, oder mag er im Bettlergewand eines „Prohibitivgesetzes", einer „exklusiven Rechtsnorm", einer „Vorbehaltsklausel" durch die Straßen schleichen: ein Wort von ihm genügt, die scheinbar festest gegründete Kollisionsnorm zu stürzen, einer noch so allgemein verworfenen zum Siege zu verhelfen.

So ziemlich alle maßgebenden Autoritäten — Bar ausgenommen — sind über die fundamentale Wichtigkeit dieser Materie einverstanden. Schon Savigny hat hier „vielleicht die schwierigste Aufgabe in dieser ganzen Lehre" gesehen. Laurent erklärt es wiederholt für „la difficulté capitale de notre science" und ebenso sprechen sich aus Brocher, Fiore, Fusinato, Laghi, Despagnet, Pillet, Buzzati, Bustamente u. A. m.[1]). Zitelmann, welcher der „Vor-

1) Laurent, Le droit civil international, V p. 254 No. 126, VIII p. 158 No. 96 et passim. Brocher, in Revue de droit internat. XIII p. 569: „une matière sur laquelle on ne saurait trop attirer l'attention". Aehnlich in seinem Cours de droit internat. privé etc. (Paris et Genève 1882—85) I p. 22 ff.; Fiore, Diritto internazionale privato (3. ed., Torino 1888—89) I p. 68 No. 37: „veramente la quistione più grave della scienza del diritto"; Fusinato, Questioni di diritto internazionale privato (Torino 1884) p. 36: „la parte più difficile di questa materia giuridica"; Laghi, l. c. Introd. VI—VIII,

behaltsklausel" ein besonders eingehendes und sorgfältig behandeltes Kapitel seines allgemeinen Teiles gewidmet hat[1]), erklärt gleichwohl für „eine wirklich erschöpfende Bearbeitung dieses Gegenstandes ein eigenes umfangreiches Werk für erforderlich".

Ebenso anerkannt, wie die Wichtigkeit und Schwierigkeit dieser Materie, ist aber die furchtbare Konfusion, die hier in der Theorie herrscht. Kaum Einer ist so optimistisch wie Pillet, welcher die „incertitude et variabilité" der Formel des ordre public rundweg bestreitet und meint bei genügendem Studium und richtigem Verständniß finde man darin schon „une formule incontestablement juste et d'une précision assez grande". Die Meisten täuschen sich nicht darüber, daß es mit dieser angeblichen Präcision recht schlimm aussieht. „Non hay materia más confusa, ni menos meditada, ni tan discutida en nuestra ciencia" — erklärt die größte

p. 152, 212: „la suprema difficoltà della nostra scienza"; Despagnet in Clunet XVI p. 5 ff.: „la difficulté de la question dépasse encore son importance"; Pillet l. c.: „une étude qui plus que toute autre mérite d'attirer l'attention des jurisconsultes, parce que sa solution complète éclairirait d'un jour nouveau la science du droit international privé tout entière"; und p. 24: „les premiers principes une fois posés, notre science n'est rien autre que la recherche des dispositions qui par leur caractère de loi d'ordre public échappent à l'application des règles générales"; de Bustamente y Sirven, El orden público, Estudio de derecho internácional privado (Habana 1893) p. 10: „Sin decisir con toda exactitud el concepto del orden público . . . la ciencia del derecho internácional privado no puede avanzar una linea", cf. p. 69 ff.; vergl. ferner Buzzati in Temi Veneta XX No. 20; Jitta l. c., p. 8, 129, 133, 135, 168 ff.; Lainé, Introduction au droit internat. privé, I p. 266 f., II p. 195; Fedozzi, Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international, Clunet, XXIV p. 69 ff., 495 ff., spez. 72; Stocquart, in Revue de dr. int. XXIII p. 133 ff.

1) Zitelmann, Internationales Privatrecht (Leipzig 1897), I S. 317—380.

Monographie, die wir über diesen Gegenstand besitzen (Bustamente, S. 11). Aehnlich Surville u. A. m.[1]). Es ist kaum zu verwundern, daß solche betrübende Erkenntniß manche Autoren zur Verzweiflung bringt. Sie erklären die Frage einfach für unlösbar und — wälzen sie der Praxis zu. Der Richter soll das thun, was der Theoretiker nicht fertig gebracht hat, er soll prüfen, erwägen, entscheiden „en établissant des distinctions très-prudentes" (sic!: Surville l. c.)[2]). Mit „Trägheit des theoretischen Denkens"[3]) werden solche Zumuthungen noch recht milde gekennzeichnet. Das fühlen auch die Meisten und versuchen denn immer wieder von Neuem, den Sisyphusstein des ordre public in die Höhe zu wälzen. Einmal muß er ja doch wohl liegen bleiben, kann nicht immer wieder herunterrollen! „In tale caso", ruft Laghi schaudernd, ruinerebbe tutto l'edifizio scientifico del diritto internazionale privato"[4])! Nun, so tragisch braucht man die Sache wohl nicht zu nehmen. Allerdings aber müßte man

---

1) Surville in Clunet XVI p. 528 ff.: Il convient de reconnaître franchement que tous les efforts, que l'on peut faire pour établir un critérium entre les diverses lois d'ordre public, sont vains; cf. Despagnet in Clunet XVI p. 215; Lainé, l. c. I p. 266; Aubry in Clunet XXIII p. 468 f. Anm. 1.

2) Nicht viel besser: Brocher, Cours II p. 53 ff. No. 148; Nouveau traité, p. 318 f.; Duguit in Clunet XII p. 361 ff., XIII p. 515; Jitta p. 268. Ebenso aber auch unsere (nicht publizirten) Motive zum ersten Gebhard'schen Entwurf S. 158: „So gewiß sittliche, wirthschaftliche oder politische Motive einem Rechtssatze innewohnen, der die Anwendung fremden Rechtes ausschließt, bezw. an dessen Stelle selbst angewandt sein will, so fehlt es doch an jedem ausreichenden objektiven Maßstab, ob und inwieweit diese Motive im einzelnen Fall die Exklusivität bedingen. Hierüber wird nur der Richter .... entscheiden können."

3) Zitelmann, I S. 320.

4) Laghi, l. c., Introd. VII, cf. p. 141 ff. Auch Bustamente p. 72.

sich nach anderen Bausteinen umsehen und den alten dahin rollen lassen, wohin er gehört [1]).

A. Die deutsche Theorie. (Die Prohibitivgesetze).

§ 2.

Der ordre public sei der unbeschränkte Souverän auf dem gesammten Gebiete des internationalen Privatrechts, haben wir behauptet. Man glaubt dies gern für die romanische Theorie. Aber auch bei uns? Das scheint doch eine starke Uebertreibung. Die „Prohibitivgesetze" sind uns ja nur ein „Sicherheitsventil" für ganz exorbitante Fälle. Es handelt sich nur darum, „einige unter Nationen, die auf annähernd gleicher Kulturstufe stehen, selten vorkommende Ausnahmefälle zu entscheiden" (Bar, Bd. 1 S. 127 ff.).

Allein schon Bar selbst bleibt diesem Grundsatz nicht konsequent [2]). Seine Einzelanwendungen des Prinzips beschränken sich durchaus nicht auf solche exotische Raritäten. Man vergl.

---

1) Gegen die gesammten Theorien des ordre public wie der Prohibitivgesetze hat sich in eigener Art Meili ausgesprochen (in Böhm, Bd. 1 S. 167 ff.). Er erkennt in denselben den „Geist der territorialen Beschränkung, gegen den mit aller Energie gekämpft werden muß". Dieser „territoriale Erd-goût" müsse für die internationalen Rechtsfragen verschwinden. Darüber gelegentlich weiter unten.

2) Pillet, Ordre public, préf. erklärt diese Inkonsequenz für eine „chose piquante". Vergl. auch Bustamente, p. 15 ff. Es bleibt aber die — u. E. sehr verdienstliche — Thatsache bestehen, daß Bar auf das Prinzip des ordre public auch im Einzelnen weit seltener zurückgreift, als die durchgängig herrschende Meinung. Als „chose piquante" wäre vielleicht Folgendes zu erwähnen. Auf der Genfer Sitzung des Institut de droit international (1892) wurde über ein „projet de règlement international de la tutelle des majeurs" berathen. Es wurde dabei beantragt und durchgesetzt, dem Entwurf beizufügen, die Interdiktion des Heimathstaats solle in fremden Ländern nur wirken „sauf les dispositions d'ordre public". Als Antragsteller und Verfasser des Amendements nennt das Protokoll — „M. de Bar". Annuaire de l'Institut, XII p. 81 ff.

z. B. Bd. 1 S. 214 f., 480 ff., 482, 486, 496, 501, 521, 532 ff., 556 ff., 563, 564, 586, Bd. 2 S. 90 f., 146, 150.

Noch ganz anders aber gestaltet sich das Bild, wenn wir uns ein klein wenig in der Praxis umsehen.

Rechtsfälle über Polygamie, Sklaverei u. Ae. sind, soweit bekannt, vor deutschen Gerichten nicht vorgekommen — leider, möchten wir sagen; sie hätten sehr instruktiv werden können, wie die englische und nordamerikanische Praxis beweist [1]. Trotzdem aber finden wir Anwendungen des Prohibitivgedankens auf Schritt und Tritt, und zwar bei den allergewöhnlichsten und alltäglichsten Rechtsfragen. So bei der Frage der Publikation der Eheverträge, der Wirksamkeit des fremden Güterrechts oder der gewillkürten Gütertrennung gegenüber Dritten [2]; ganz allgemein bei Ehescheidungen [3]; bei der Frage der Gültigkeit des Verlöbnisses, der Form des Verlöbnisses, des Ehevertrags [4]; der Zulässigkeit lebenslänglicher

---

1) Wir werden darauf an anderem Orte ausführlich zurückkommen.

2) O.T. Berlin 26. X. 60, Seuffert, Bd. 14 Nr. 198; Wolfenbüttel 26. III. 68, eod. Bd. 20 Nr. 2; O.L.G. Köln 21. V. 80 und 21. I. 82, Rhein. Archiv, Bd. 71 S. 124 ff. und Bd. 73 S. 3 ff.; R.O.H.G. Entsch., Bd. 22 S. 67 f.; Entsch. des R.G., Bd. 6 S. 224, Bd. 12 S. 309 ff., Bd. 36 S. 331 ff.; Hans. O.L.G. 18. X. 90 und 18. XII. 91, R.G. 5. II. 91, bayr. Obst. L.G. 4. XI. 92 und O.L.G. Köln 21. IX. 94 und 28. X. 95, in Böhm, Bd. 1 S. 600 ff., Bd. 2 S. 471 ff., Bd. 3 S. 510 f., Bd. 5 S. 508 ff., Bd. 7 S. 244 ff.

3) R.G. Entsch., Bd. 9 S. 192, Bd. 16 S. 138, Bd. 23 S. 332; O.T. Berlin 17. IV. 77, A.G. Celle 5. X. 77, Obst. L.G. Bayern 1. X. 85, 29. IX. 91, 19. V. 92, in Seuffert, Bd. 33 Nr. 96 und 97, Bd. 41 Nr. 1, Bd. 47 Nr. 259, Bd. 48 Nr. 285; R.G. 12. I. 86, 22. VI. 86, 3. II. 90, 10. II. 90, 26. X. 91 in Bolze, Bd. 2 Nr. 32, Bd. 8 Nr. 25, Bd. 9 Nr. 8 u. 14, Bd. 13 Nr. 15; Hans. O.L.G. 11. X. 89, Obst. L.G. Bayern 26. IV. 90, R.G. 4. VI. 89, 25. I. 92, 5. XII. 93 in Böhm, Bd. 1 S. 361, 362, 504, Bd. 2 S. 287 f., Bd. 4 S. 569.

4) O.T. Stuttgart 28. VI. 53, O.A.G. Darmstadt 1. XII. 65, O.A.G. München 17. I. 68, Seuffert, Bd. 6 Nr. 306, Bd. 19 Nr. 108, Bd. 22 Nr. 112.

Trennung von Tisch und Bett [1]); der Zulässigkeit von Veräußerungsverboten, des Eigenthumsvorbehalts [2]); der Nothwendigkeit gewisser Publizitätsformen [3]); bei dem Verbot des Anatocismus, bei Festsetzung des Maklerlohns, der Höhe des Zinsfußes [4]); bei der Frage der Gültigkeit des Mobiliarpfandes, der Pachtverträge des Nießbrauchers, der lex commissoria [5]); bei der Rangordnung der Pfandgläubiger, der actio Pauliana [6]); bei der Wirksamkeit der Schiffshypotheken [7]), der Wechselverbindlichkeit [8]); bei den Alimentenklagen [9]); bei Deliktsobligationen [10]); bei der Haftung des Schiffers aus dem Kon-

1) R.G.Entsch., Bd. 3 S. 27 ff., Bd. 11 S. 29 ff.; O.L.G. Jena 13. VII. 85, Seuffert, Bd. 42 Nr. 1; R.G. 10. I. 95 in Böhm, Bd. 5 S. 169.

2) O.L.G. Karlsruhe 9. XI. 80 und 2. V. 90, R.G. 22. IX. 91, Bad. Annalen, Bd. 47 S. 97 ff., Bd. 58 S. 19 ff., 87 ff. (Böhm, Bd. 2 S. 288 ff.); R.G. 28. II. 93, Bolze, Bd. 16 Nr. 7; R.G. 25. XI. 95, Böhm, Bd. 6 S. 424 f.

3) O.L.G. Karlsruhe 21. XI. 81, Bad. Ann., Bd. 48 S. 152.

4) R.G., Bd. 5 S. 260; R.G. 4. XII. 90 in Bolze, Bd. 13 Nr. 20; O.A.G. Celle 16. IX. 52, Seuffert, Bd. 8 Nr. 1.

5) O.A.G. Jena 7. VII. 53, O.T. Berlin 8. IV. 75, Seuffert, Bd. 16 Nr. 1, Bd. 31 Nr. 194; Rhein. Kass. Hof Berlin 14. XII. 52, Seuffert, Bd. 8 Nr. 188; O.A.G. Rostock 17. XII. 57, Seuffert, Bd. 19 Nr. 107.

6) O.A.G. Rostock 19. X. 46, Seuffert, Bd. 11 Nr. 4; R.G. 25. XI. 90, Bolze, Bd. 11 Nr. 10; O.T. Stuttgart 3. I. 71, Seuffert, Bd. 25 Nr. 115.

7) O.A.G. Oldenburg 5. I. 61, Seuffert, Bd 17 Nr. 111; vergl. auch Hans. O.L.G. 30. I. 94 mit L.G. Hamburg 18. VIII. 93, Böhm, Bd. 4 S. 475 ff., 481 ff., spez. 487.

8) R.G.Entsch., Bd. 15 S. 12 ff.

9) L.G. Straßburg 22. X. 83, L.G. Metz 4. II. 87, L.G. Hechingen 15. III. 94, L.G. Frankfurt a. M. 1. II. 94, O.L.G. Köln 27. II. 94, Böhm, Bd. 1 S. 683, Bd. 4 S. 46 ff., Bd. 5 S. 170 ff., 172 ff.; vergl. auch Bähr's Gutachten auf dem 18. deutsch. Juristentag, Verhandl., Bd. 1 S. 93 f.

10) O.A.G. Darmstadt 30. IX. 53, O.T. Stuttgart 25. VI. 56, Seuffert, Bd. 9 Nr. 1, Bd. 11 Nr. 3.

nossement[1]), des Rheders bei Schiffskollisionen[2]); bei dem Verbot von Differenzgeschäften, Spiel und Lotterie[3]) rc. In den meisten dieser Fälle — welche sich noch erheblich vermehren lassen, wenn man die Literatur mit heranzieht — haben wir nicht etwa vereinzelte tastende Versuche, sondern eine feststehende Praxis vor uns, eine anerkannte, herrschende Meinung. Da kann man jedenfalls nicht mehr von Ausnahmen reden, wie sie unter Kulturvölkern selten vorzukommen pflegen.

Mag sein, wird man erwidern. Also nicht seltene, sondern ganz häufig vorkommende Ausnahmefälle haben wir in unseren „Prohibitivgesetzen". Von einer Funktion des ordre public, wie die Romanen sie kennen, sind wir darum doch himmelweit entfernt. Wir sagen doch niemals, unser Sachenrecht, unser Deliktsrecht ist öffentlicher Ordnung und deshalb auf die bei uns gelegenen Güter, auf die bei uns begangenen Handlungen anzuwenden. Wir leiten vielmehr solche Grundsätze aus der „Natur der Sache" ab. Und nur daneben und außerhalb dieser Kollisionsnormen[4]) stehen uns gewisse exklusive Sätze unseres Inlandsrechtes; „Vorschriften, welche ihrem Zwecke nach schlechthin keine Abweichung gestatten, die demnach von den inländischen Gerichten unter allen Umständen anzuwenden sind"[5]).

---

1) R.G. 2. V. 94, Entsch., Bd. 34 S. 72 ff.

2) R.G., Bd. 19 S. 8 ff., Bd. 21 S. 136 ff., Bd. 29 S. 90 ff.

3) R.O.H.G., Bd. 14 S. 276 f., R.G., Bd. 5 S. 127 ff. und Bd. 37 S. 266.

4) Niemeyer und Zitelmann erklären allerdings auch die Prohibitivgesetze (exkl. Rechtssätze, Vorbehaltsklausel) für echte Kollisionsnormen, ihre Anschauung ist aber doch inhaltlich von der oben formulirten nicht verschieden. Der Satz, daß Inlandrecht ausschließlich anzuwenden sei, gilt ihnen an sich als Kollisionsnorm.

5) Mommsen, Civ. Archiv, Bd. 61 S. 150 f.; vergl. 174, 181, 192 ff. Vergl. Regelsberger, Pandekten, I § 39 S. 162 ff.; Gierke, Deutsches Privatrecht, I § 25 Nr. 3 S. 214; Niemeyer, Positives inter-

So allerdings die allgemein und unbestritten bei uns herrschende Theorie [1]). Ist aber dieser Grundsatz wirklich durchführbar, versucht man ihn überhaupt durchzuführen?

Betrachten wir einige Beispiele.

Das rheinische Civilrecht verbietet — von bestimmt begrenzten Ausnahmen abgesehen — fideikommissarische Erbeinsetzungen. Ziemlich allgemein ist die Uebereinstimmung, daß

---

nationales Privatrecht, I S. 6, Vorschläge und Materialien, S. 62 ff., 146 ff., 148 ff., 150; Jettel, S. 9; Neumann, Internat. Privatr., Entw. § 33 und Mot. S. 146 f.; Zitelmann, S. 318; Barazetti, Das internationale Privatrecht 2c., S. 6; Klein in Böhm, Bd. 7 S. 491 ff. Vergl. auch Jacques, Verhandlungen des XVIII. Deutschen Juristentages, Bd. 2 S. 109 f.; Motive zum Gebhard'schen Entwurf, S. 151 ff.; II. Kommission des bürgerlichen Gesetzbuches, Aron in Böhm, Bd. 6 S. 20 f. Aus der Praxis besonders die zusammenfassenden Erklärungen des O.A.G. Celle, Seuffert, Bd. 7 Nr. 7, OA.G. Lübeck, Seuffert, Bd. 22 Nr. 114, R.G. 22. IX. 91 und 28. VI. 93 (Bolze, Bd. 17 S. 2). Das Reichsgericht sagt in der erstgenannten Entscheidung (Bad. Ann., Bd. 58 S. 19 ff., 37 ff., Böhm, Bd. 2 S. 288 f.): „Schon nach allgemeinen Erwägungen darf, wie auch im Gebiete des internationalen Privatrechts wissenschaftlich anerkannt ist, der Richter, wo absolut gebietende bezw. verbietende Rechtsnormen in Frage kommen, bezüglich der Gültigkeit und Wirksamkeit eines Rechtsvorganges nur das Recht seines eigenen Landes anwenden".

1) Mit welcher die englisch-nordamerikanische im Wesentlichen übereinstimmt. Vergl. Westlake (A treatise on private international law, 3. ed. 1890), p. 40, 79 ff., 260, 279, §§ 48, 215, 238; Dicey (Conflict of laws, 1896), Gen. Princ. II u. p. 33 ff., cf. Rule 144, 148, p. 541 ff., 553 ff. Story (Conflict of laws, 8. ed. 1883), p. 112, 168 f. §§ 87, 98; Wharton (Conflict of laws, 2. ed. 1881) §§ 4, 120, 159, 166 ff., 202, 397, 428, 501 ff., 511, 565 ff., 573, 581, 598, 656, 690, 696; Sandvoort in Clunet VIII p. 140. Aus der Praxis besonders: Johnstone v. Beattie, 10. Cl. u. F. 42 ff.; Brook v. Brook, 3 Sm. & G. 481 ff., spez. 513 ff., 531 ff.; 9 H. L. 193 ff., 202 ff.; Roß v. Roß, 129 Mass. Rep. 243, 37 Am. Rep. 321, spez. 322 (Gray, C. J.); Roth v. Roth, 44 Am. Rep. 81 ff., spez. 83 (Mulkey, J.); Wightman v. Wightman, 4 Johnson Ch. Rep. 343 ff. (Kent, Ch.). (Wir citiren hier und im Folgenden die englisch-amerikanischen Entscheidungen nach der allgemein üblichen Methode und die Reports mit den gebräuchlichen Abkürzungen.)

hier ein Prohibitivgesetz vorliegt. (Bar steht allerdings auf anderem Standpunkte: Bd. 2 S. 311 ff., 331 ff.). Wird der rheinische Richter darum dem von einem fremden Erblasser auf fremde Güter gelegten Fideikommiß, das nach Heimatrecht des Testirenden und nach lex rei sitae giltig ist, die Wirksamkeit versagen? Nach der allgemeinen Theorie sollte man es annehmen; und Savigny selbst drückt sich bei Erörterung der Fideikommisse so unvorsichtig aus, daß man versucht sein könnte, ihn als Anhänger einer derartigen Konsequenz zu nennen (vergl. System, Bd. 8 S. 35 ff., 313); ein Revisionsangriff ist in der That auf eine solche Rechtsanschauung gegründet worden. Das Reichsgericht hatte es nöthig, ausdrücklich festzustellen (14. IV. 1893, Bolze, Bd. 16 Nr. 8), „daß die Vorschriften des code civil Art. 896 und des Art. 1 des elsässisch-lothringischen Gesetzes vom 12. Mai 1853 den elsässischen Richter keineswegs berechtigen, einem in einem anderen Rechtsgebiet errichteten Fideikommiß die Wirksamkeit zu versagen, wenn es nach dem in dieser Beziehung maßgebenden Rechte in gültiger Weise zu Stande gekommen ist. Jedenfalls könne davon höchstens dann die Rede sein, wenn es sich darum handelt, ob in Elsaß-Lothringen gelegene Grundstücke einen Bestandtheil des Fideikommisses bilden".

Oder:

Art. 1443 des Code civil verbietet jede außergerichtliche Auflösung der Gütergemeinschaft. Das Reichsgericht (Bd. 12 S. 309 ff.) erklärte — in einem rheinischen Rechtsfall natürlich — den Satz für anwendbar, ungeachtet des Umstandes, daß das Güterrecht der Eheleute in concreto fremdem Recht unterworfen war. Denn die Vorschrift gehöre zu jenen „absolut gebietenden oder verbietenden Normen des inländischen Rechtes, von welchen abzugehen, dem Inländer aus höheren sozialen oder sittlichen Gründen untersagt ist". Auch Bar stimmt dem bei und

redet hier von Gesetzen der öffentlichen Ordnung (Bd. 1 S. 521)[1]). Würde es deshalb irgend einem Richter einfallen, den Art. 1443 auch dann anzuwenden, wenn die Eheleute und deren Gläubiger im Ausland leben?

Aehnliches läßt sich überall verfolgen.

Ein Staat, welcher die obligatorische Civilehe vorschreibt, glaubt dies ohne Frage aus höheren politischen und sozialen Gründen zu thun. Gleichwohl wird man — auch wo der Gesetzgeber nichts derartiges ausdrücklich gesagt hat — stets nur daran denken, das Gesetz auf die im Inland geschlossenen Ehen anzuwenden.

Ein Kolonialreich, welches Privat-Kaufverträge über Waffen und Spirituosen für ungültig erklärt, thut dies aus wichtigsten Gründen der öffentlichen Sicherheit; darum werden die Gerichte dieses Staates derartige im Ausland zu erfüllende Verträge doch für rechtsbeständig halten.

Gesetze, welche die Erwerbsfähigkeit der todten Hand einschränken, werden sicherlich aus zwingenden sozialen, ökonomischen und politischen Gründen erlassen: der Richter wird darum nicht die Erwerbsfähigkeit fremder Korporationen in fremdem Land nach unseren diesbezüglichen Gesetzen beurtheilen; in der Regel nicht einmal die unserer inländischen Korporationen, wenn es sich um den Erwerb ausländischer Güter handelt.

Ein Haftpflichtgesetz, ein Gesetz wider den unlauteren Wettbewerb, ein solches gegen die Ausbeutung der Handlungsgehülfen sind gewiß im höchsten Maße zwingend, streng-positiv, sozial; gleichwohl werden wir das erstere nicht bei Unfällen in ausländischen In-

1) Dagegen Beauchet in Clunet XIII p. 730ff. und Pillet, Ordre public, p. 53 No. 3.

dustrien, die letzteren nicht bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Ausländern, die im Ausland ihr Geschäft betreiben, anwenden, mag auch zufällig ein Gerichtsstand bei uns begründet sein.

Man wende nicht ein: ein Gesetz exklusiv, absolut anwenden, könne natürlich nicht bedeuten, es auf solche Fälle anwenden, die es selbst gar nicht im Auge hat. Denn mit solchem Einwand würde man lediglich von dem kritischen Punkte abspringen, mit Hülfe eines Hereinmanipulirens der Ortsnorm in die Sachnorm. Daß unser Richter alle Inlandgesetze (mögen sie nun streng-zwingend, prohibitiv sein oder nicht) in dem Umfange anzuwenden hat, in welchem sie selbst angewendet sein wollen — also entsprechend ihrer Ortsnorm — das steht außer Frage. Wenn man es mithin als eine Besonderheit hervorhebt, daß eine bestimmte Klasse von Gesetzen ausnahmsweise vom Richter „unter allen Umständen", „absolut", „exklusiv" anzuwenden ist, so kann das nur bedeuten, deren Sachnorm sei absolut anzuwenden. Denn für die Ortsnorm versteht es sich, darüber ist man allgemein im klaren, ganz von selbst (wenigstens für diejenige Gestalt der Ortsnorm, in der sie hier allein in Frage kommt: als Ausdehnungsnorm inländischen Rechts) [1]). Wir verkennen nicht,

1) Es sollte sich von selbst verstehen für alle Kollisionsnormen, auch für die Grenznormen. Es sollte sich von selbst verstehen, daß es widersinnig ist, nach einer Anknüpfung für die Anknüpfung zu suchen, ein internationales Privatrecht des internationalen Privatrechts zu konstruiren. Leider sind sich aber Viele darüber im Unklaren. So entstehen Rückverweisungen, Weiterverweisungen und verwandte Verirrungen, wie das Neumann'sche System. Und so sind zum Theil auch die bundesräthlichen „Verbesserungen" unseres Einführungsgesetzes entstanden. Die Fassung unseres gesetzlichen internationalen Privatrechts ist nach dieser letzten Redaktion eine so verworrene geworden, daß selbst der Jurist sie sich kaum erklären kann. Sie läßt sich nur verstehen als ein Schlacht- und Trümmerfeld sich bekämpfender, völlig unvereinbarer allgemeiner

daß unter gewissen Umständen Ortsbeziehungen Bestandtheile einer Sachnorm bilden können[1]). Darum handelt es sich aber hier nicht, und man darf jedenfalls nicht glauben, daß überall da, wo eine Ortsnorm mit großer Leichtigkeit aus dem Inhalt der Sachnorm sich ableiten läßt (dies ist z. B. im Immobiliarrecht die Regel!), damit festgestellt sei, die betreffende Ortsbeziehung sei Theil der Sachnorm. Erst dann ist letzteres anzunehmen, wenn erhellt, daß unser Gesetzgeber beabsichtigt hat, zweierlei materielles Recht zu schaffen, eines so gut sein staatliches Recht wie das andere; dieses geltend im Falle der gegebenen Ortsbeziehung, jenes bei deren Defizienz[2]). Auf die schwierigen Einzelfragen dieser Lehre braucht hier nicht eingegangen zu werden; sie sind ohne Bedeutung für das, was wir an diesem Orte feststellen wollten und festgestellt haben: daß von den inländischen Gerichten unsere sogenannten Probibitivgesetze nicht ausschließlich und nicht unter allen Umständen anzuwenden sind.

Ideen: Eine Kodifikation des internationalen Privatrechts soll möglichst vollkommen sein, also selbstverständlich Grenznormen geben — das ist eine Idee, die herrschende; der inländische Gesetzgeber ist überhaupt nicht berufen, Grenznormen zu geben, er kann nur Ausdehnungsnormen seines Rechts erlassen — das ist eine zweite Idee (vergl. Schnell in Böhm, Bd. 5 S. 337 ff.); der inländische Gesetzgeber muß unter allen Umständen wenigstens eine inländische Anknüpfung haben, um sei es Ausdehnungsnormen, sei es Grenznormen zu erlassen — das ist eine dritte Idee, die allerunglücklichste (Strisower, Neumann). Zu jeder dieser drei Ideen muß man entweder „Ja" oder „Nein" sagen, vereinigen lassen sie sich nicht. In unserem Einführungsgesetz laufen sie aber ganz friedlich neben einander her, ohne daß sich irgend erkennen ließe, warum man hier der einen, dort der anderen den Vortritt läßt. Vergl. 1) Art. 7, 11, 17, 21; 2) Art. 14, 15^{I}, 18, 19, 20, 22, 24; 3) Art. 13 15^{II}, 24^{III}, 25.

1) Vergl. hierzu meine Gesetzeskollisionen, S. 30 ff. und Zitelmann, I S. 251 ff. — welcher aber u. E. viel zu weit geht.

2) Beispiele s. Gesetzeskollisionen a. a. O.

§ 3.

Zugegeben, sagt eine weitverbreitete Modifikation der Theorie: daraus folgt, daß der exklusive Charakter der Prohibitivgesetze nur *relativ* wirkt. Es ist also falsch, mit der älteren Lehre schlechthin von Nichtanwendung des fremden Rechts zu reden, wo dasselbe mit unseren streng-zwingenden Normen in Widerspruch stehe; vielmehr muß auch gerade die fragliche *Anwendung* des perhorreszirten fremden Rechtssatzes mit diesen unseren Exklusivnormen in Widerspruch sein. „Die bisherigen Formulirungen des Prinzips berücksichtigen nicht, daß es etwas Anderes ist, ein Gesetz *als Faktum* anerkennen, und einem Gesetz unmittelbar zur weiteren Wirksamkeit Beistand zu leihen und Folge zu geben ... Es kann sich immer nur darum handeln, ob diejenige *Wirkung* des fraglichen Rechtssatzes oder Rechtsverhältnisses, welche im Bereich unserer Rechtsordnung zu Tage tritt, in Widerspruch steht mit absolut gebietenden Rechtssätzen unserer Rechtsordnung oder mit bei uns herrschenden sittlichen Grundsätzen“ [1]).

Diese angeblich schärfere Formulirung des Prohibitivgedankens — welche übrigens auch von ihren Anhängern nichts weniger als konsequent durchgeführt wird — ist durchaus

---

1) *Bar*, Bd. 1 S. 128 ff. und Lehrbuch, S. 24 f.; *Mommsen*, S. 194 ff. Vergl. auch *Regelsberger*, Bd. 1 S. 166; *Gierke*, § 25 Nr. 3, zu Anm. 19 (S. 215); *Strisower* (Die italienische Schule des internationalen Privatrechts, Abdruck aus der Wiener Gerichtshalle, 1881), S. 6; *Jettel*, S. 9; *Niemeyer*, Vorschläge, S. 69, 146 f.; *Zitelmann*, Bd. 1 S. 320 ff., 337 ff., 350 ff., 369; *Barazetti*, S. 7 f.; *Klein* in *Böhm*, Bd. 7 S. 495. Klar zusammengefaßt ist die Modifikation vom Reichsgericht in der cit. Entsch., Bd. 12 S. 311, „... daß das ausländische Recht .. ausnahmsweise ausgeschlossen ist .., wenn nach Geist und Zweck der Rechtsnormen des Inlands die *Anwendung* *zu einem Ergebniß führen würde*, welches den absolut gebietenden oder verbietenden Normen des inländischen Rechtes widerspricht“. Man vergleiche als scharfen Gegensatz dazu das Citat aus einer anderen reichsgerichtlichen Entscheidung oben S. 13 Anm. 5.

nicht nur der deutschen Theorie eigen. Es kommt auf das nämliche heraus, wenn die Anglo-Amerikaner in der Regel sagen, fremde (subjektive) Rechte seien vom Richter nicht anzuerkennen, wenn deren Anerkennung mit der „distinctive domestic policy" u. Ae. im Widerspruch steht[1]). Auch in die Gesetzgebung sind solche Fassungen oft übergegangen[2]). Besonders interessant ist jedoch, daß man auch in der reinromanischen Schule sehr vielfach auf diese Modifikation der Lehre vom ordre public stößt.

Am schärfsten tritt dies bei Fiore hervor. Er erklärt ausdrücklich und bestimmt, die absolute Herrschaft der leggi di ordine pubblico sei nur so zu verstehen, daß man niemals auf Grund fremden Rechts „un rapporto o un fatto giuridico" geltend machen könne, welches mit jenen im Widerspruch sei. „La limitazione non deve fondarsi sull'essere la legge straniera in opposizione con la legge territoriale, ma bensì sull'essere il fatto giuridico, che in virtù di una legge straniera si vuole porre in essere . . . . ., o sull'essere gli effetti di codesto fatto giuridico posto in essere all'estero . . ., in opposizione col diritto pubblico territoriale . . ." (l. c. I No. 256, 257 ff.; cf. II No. 583, 625, 688 ff.)[3]).

1) Vergl. die oben S. 18 Anm. 1 Citirten, bes. auch Dicey, Rule 124 und p. 474 ff.

2) Vergl. außer sächs. B.G.B. § 19 und unserem E.G. § 30 (darüber unten) bes. Argentinien, B.G.B. Art. 14, Portugal, H.G.B. Art. 4, Mexico, codigo di extranjeria, Art. 33, Congo-Dekret Art. 9, Vertrag von Montevideo, Zusatzprotokoll Art. 4. Auch die Beschlüsse des Institut: Genf 1874, Zürich 1878 und Oxford 1880 (s. Niemeyer, Materialien, und Böhm, Bd. 1 S. 600, 687 ff., Bd. 4 S. 198 ff., Clunet XVIII p. 671 ff.).

3) Im Einzelnen fällt auch Fiore — wie alle Anderen — häufig darauf zurück, doch nur zu fragen, ob der Inhalt des fremden Gesetzes (quello che essa dispone) in Widerspruch mit unserer öffentlichen Ordnung sei. Vergl. z. B. I No. 447 ff., 316, 322, 453.

In gleichem oder ähnlichem Sinne sprechen sich aus: Fusinato, Questioni, p. 51 ff., Laghi, p. 213 ff., 185 u. Despagnet in Clunet XVI p. 215 ff., der Appellhof Venedig in einer von Buzzati gebilligten und als „veramente notevole" bezeichneten Entscheidung vom 31. Dez. 1894, Temi Veneta l. c.[1]). Vergl. ferner Buzzati (L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili, Torino 1894), p. 121. Auch schon gelegentlich Brocher, Nouveau Traité, p. 351, Laurent, IV p. 532 ff. No. 290 und passim, Lomonaco (Trattato di diritto civile internazionale, Napoli 1874), p. 59 ff., Boissarie, Ordre public, p. 169 f. S. auch die (recht unklaren) Ausführungen Pillet's, Ordre public, p. 46 ff.

Fedozzi (in Clunet XXIV p. 74 ff., 495 ff., 503 ff.) polemisirt mit Glück gegen diese künstlichen Unterscheidungen zwischen den „principes de la loi et ses propres effets" (vergl. auch Diena, Diritti reali, p. 339 ff.). Er bewegt sich selbst aber doch in der gleichen Richtung mit den Genannten: „On doit accepter ou repousser les conséquences d'une loi étrangère contraire à notre ordre public, selon que le but social de cette même loi se manifeste ou non dans ces conséquences" (p. 497 f.).

Unserer Meinung nach sind alle diese Differenzirungen und Subtilitäten gründlich verkehrt, und wir können uns der Meinung Zitelmann's nicht anschließen, welcher hier einen erheblichen Fortschritt erkennen will (l. c. S. 321, 337).

1) „È indifferente alla questione l'esame se i principii sanciti dal legislatore straniero sieno in opposizione ai principii sanciti dalla nostra legislazione. All' invece importa vedere se le conseguenze legali che si vogliano dedurre mediante applicazione della legge straniera ed i fatti che si vogliano porre in essere, offendano i principii d'ordine pubblico e di buon costume". (Es handelt sich um die Gültigkeit eines Erbverzichts.)

Man betrachte sich einmal den verbesserten Prohibitivgedanken genauer:

Fremde Gesetze, die auf einer stark abweichenden sittlichen oder sozialen Anschauung beruhen, die mit absolut gebietenden oder verbietenden Normen des Inlandes im Widerspruch stehen, sollen reprobirt, exkludirt werden; aber nur dann greift diese Exklusion Platz, wenn das erzeugte „fatto giuridico", wenn die bei uns hervortretende Wirkung des fremden Gesetzes, seine Konsequenzen, oder die Konsequenzen dieser Konsequenzen mit unseren absolut gebietenden Normen im Widerspruch stehen; nur dann, wenn ihre Anwendung durch den inländischen Richter dazu führt, Rechtsverhältnisse zu realisiren, die als unbedingt verwerflich betrachtet werden.

Was sagt man mit alledem eigentlich? Man sagt eine platte Selbstverständlichkeit in einer möglichst komplizirten und prätentiösen Form.

Oder ist es etwas Anderes als eine platte Selbstverständlichkeit, daß unser Richter fremdes Recht nicht anwenden darf, wenn das inländische Recht ihm die Anwendung verbietet? Ist das nicht eine Regel, welche jederzeit selbst von den äußersten „Internationalisten" anerkannt, niemals und nirgends bestritten worden ist, wenn wir von der Verirrung eines einzigen Schriftstellers absehen, der nur eben dieser Kuriosität halber heute noch citirt wird? Wozu alle die großen Worte von den „stark abweichenden sozialen und sittlichen Anschauungen", dem „Verstoß gegen die ethischen Prinzipien unserer Rechtsordnung", den Gesetzen von einem ganz besonderen, „positiven", „streng-zwingenden", „absoluten", „exklusiven" Charakter, wozu alle die feinen Unterscheidungen zwischen unmittelbarer und mittelbarer Rechtsverwirklichung ꝛc. — wenn es sich nur darum handelt, solch eine „ridiculus mus" zu beschwören?

Entkleidet von allen in dem nunmehrigen Zusammenhange völlig nichtssagenden und überflüssigen Schnörkeln und Verzierungen, wiederholt uns der verbesserte Prohibitivgedanke lediglich das erste und oberste Prinzip allen internationalen Privatrechts: Fremdes Recht ist anzuwenden, wenn dies dem Geist und Sinn unserer Rechtsordnung entspricht; es ist nicht anzuwenden, wenn seine Anwendung dem Sinn und Geist unserer Rechtsordnung widerstreitet. „Es braucht kein Geist vom Grabe herzukommen, um das zu künden." In Prosa: Man braucht nicht von „Prohibitivgesetzen" zu reden, wenn man uns nur diesen allgemeingültigen Grundsatz ins Gedächtniß zurückrufen will.

§ 4.

Es erscheint zweckmäßig, in diesem Zusammenhang einen flüchtigen Blick auf die nicht uninteressante Entstehungsgeschichte des § 30 unseres Einführungsgesetzes zum B.G.B. zu werfen.

Die Motive zu § 35 des I. Gebhard'schen Entwurfs S. 151 ff. besprechen in klarer und gediegener Erörterung die herrschenden deutschen Theorien über die „exklusiven Rechtssätze". Die von Savigny aufgestellten Kategorien werden zutreffend als „zu weit und vieldeutig" widerlegt; die von Bar und Mommsen aufgestellte „Begrenzung der Ausnahme" wird als „zu eng" verworfen. Zu einer positiven Klarheit kommen aber die Motive nicht, und ihre Einzelanwendungen des „Exklusivitätsprinzips" erscheinen theilweise recht bedenklich; so z. B. S. 66 ff. gelegentlich des Faustpfands und S. 82 gelegentlich der unsittlichen Obligationen; auch Nachtrag S. 26 ff., spez. 29: bei Besprechung der reichsgerichtlichen Judikatur zu § 77 P.St.G. Im Ton eines „ignorabimus" (vergl. auch das oben S. 8 Anm. 2 gegebene Citat) wird schließlich erklärt: „Der Entwurf sieht davon ab, eine

allgemeine Regel darüber, welche Rechtssätze als exklusive anzusehen sind, und wie weit im einzelnen Falle die Exklusivität trägt, aufzustellen ..." Dem entspricht der nichtssagende § 35, der sich an Mommsen's Entwurf und das sächsische B.G.B. § 19 anlehnt: „Ausländisches Recht wird nicht angewandt, wenn dessen Anwendung durch das inländische Recht nach der Vorschrift oder nach dem Zwecke desselben ausgeschlossen ist."

In dem II. Gebhard'schen Entwurf findet sich die Bestimmung merkwürdigerweise dahin geändert:

„Ein ausländisches Gesetz wird nicht angewandt, wenn dessen Anwendung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt."

Wie die Nachtragsbegründung (S. 45 f.) erklärt, soll dies „keine sachliche Aenderung" bedeuten, aber „den Vortheil gewähren, daß das Gesetz einen bestimmten Inhalt gewinnt". Der angebliche Vortheil ist mehr als fragwürdig. Denn jede Folgerung, die man e contrario aus der Bestimmtheit dieses Inhalts ziehen wollte, würde falsch sein. War also die erste Fassung überflüssig, aber unschädlich, so ist die zweite ebenso überflüssig, aber gefährlich.

Dies scheint man in der zweiten Kommission erkannt zu haben. Man strich die „öffentliche Ordnung" und fügte an Stelle dessen wieder den „Zweck eines deutschen Gesetzes" ein. Man gab dem § 2264 des zweiten Entwurfs außerdem den Zusatz: „oder wenn das ausländische Gesetz die Rechte der Fremden in unbilliger Weise beeinträchtigt."

In der Reichstagsvorlage ist letzterer Zusatz wieder verschwunden — wohl deshalb, weil man das Eingreifen des Retorsionsrechts (Art. 31 E.G.) für zweckmäßiger und ausreichend erachtete. Es bleibt der aus dem I. und II. Gebhardschen Entwurf kombinirte Art. 30 EG.:

„Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde."

Konsequenter wäre es wohl gewesen, es einfach bei dem ersten Gebhard'schen Entwurf zu belassen oder — was das Gleiche bedeutet — gar nichts zu sagen. Derartige völlig farblose Sätze — vergl. außer den citirten noch Züricher B.G.B. § 7 und Zuger B.G.B. § 6 — sind wenigstens harmlos und von einer unangreifbaren Richtigkeit. Man kann günstigen Falls ihnen noch die Bestätigung entnehmen, daß der elementare Satz lex specialis derogat legi generali auch für die Kollisionsnormen gilt. Das braucht man dem verständigen Gesetzesausleger allerdings nicht zu sagen; und ob für den unverständigen ein solcher Nürnberger Trichter großen Vortheil bietet, erscheint immerhin fraglich.

§ 5.

Was man mit der verbesserten Formulirung der Prohibitivlehre in Wahrheit sagt, ist nach unserer Meinung also: gar nichts. Eine andere Frage ist, was man damit hat sagen wollen oder hätte sagen sollen.

Die Verbesserung verdankt ihren Ursprung offenbar der Erkenntniß, daß mit einer absoluten und exklusiven Anwendung auch der prohibitivsten unserer Gesetze nicht durchzukommen ist.

Man denkt z. B. an die oft citirten Schulfälle der Sklaverei nnd Polygamie. Unsere Gerichte haben ohne Frage die Vindikation des Sklaven abzuweisen, die Ausübung der eheherrlichen Gewalt eines Türken gegenüber einem zweiten oder dritten Weibe bei uns nicht zu gestatten. Sie würden aber keinen Anstand nehmen, das Eigenthum des Sklavenhalters an einer Sache, die derselbe anderswo durch Ver-

mittelung des Sklaven nach Sklavenrecht erworben hat, anzuerkennen; sie würden keinen Anstand nehmen, die Legitimität und das Erbrecht des aus polygamischer Ehe entsprossenen Türkensohnes gelten zu lassen. Also — meint man[1]) — ist es nöthig, jene feinen Unterscheidungen zu treffen zwischen dem fremden Rechtssatz selbst und seiner Anwendung, zwischen dem Rechtsverhältniß selbst und seinen Konsequenzen, zwischen der Anerkennung des unsittlichen Instituts als eines bloßen Faktums oder als eines Rechts. Man übersieht dabei nur das Eine: daß man unwillkürlich und unbewußt eine ganz andere Verschiedenheit in den Kreis seiner Vorstellung mit hereingezogen hat, und zwar gerade die, auf welche es allein ankommt: nämlich die Verschiedenheit der maßgebenden Anknüpfung. Man setzt stillschweigend voraus, daß in den an zweiter Stelle gedachten Fällen der Sklavenhalter mit dem Sklaven zur Zeit des Eigenthumserwerbs in einem fremden Sklavenstaate sich aufhielt, daß im Falle der Polygamie die Ehe von Türken in der Türkei geschlossen worden ist, und die Eltern während bestehender Ehe in der Türkei wohnen geblieben sind; während man in den erstgenannten Fällen angenommen hat, daß die von dem reprobirten Rechtsverhältniß ergriffenen Personen sich zur kritischen Zeit in unserem Lande aufhalten. Setzt man diese lokale Voraussetzung, diese „Anknüpfung" gleichmäßig auch in jenen Fällen, so erkennt man sofort, daß wir dann keine auch noch so mittelbare und fernliegende Wirkung des nationalen Sklavenrechts oder der Polygamie gelten lassen würden. Ebensowenig ist richtig, daß

1) Auch ich selbst habe dies gemeint: Gesetzeskollisionen, S. 137 f. Meine damaligen Ausführungen, S. 133—141, halte ich jetzt für unrichtig in allen wesentlichen Punkten. Ich komme später darauf zu sprechen.

wir die polygamische Ehe der Türken in der Türkei nur als ein „Faktum" anerkennen (Bar, Bd. 1 S. 130, und meine Gesetzeskollisionen, S. 138); wir müssen vielmehr zugeben, daß es eine rechtsbeständige Ehe ist oder war, und wir geben dies ausdrücklich zu, indem uns der Sohn daraus als ehelich und legitim gilt. Was wir sagen, ist nur: Wenn die Ehe bei uns geschlossen wäre, wenn die Eheleute bei uns Wohnsitz oder auch nur Aufenthalt genommen hätten, dann würden wir die Ehe für ungültig halten. Es kommt also auch hier — gerade wie in allen den oben S. 13 ff. angedeuteten Fällen — auf eine bestimmte Voraussetzung an, welche die Lehre von der exklusiven Anwendung unserer Prohibitivgesetze grundsätzlich übersehen hat: auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer besonders gearteten Anknüpfung zu der für Entstehen oder Bestehen des Rechtsverhältnisses kritischen Zeit. Und zwar läßt sich jetzt schon deutlich erkennen, daß diese Anknüpfung eine verschiedene ist bei den verschiedenen „Prohibitivgesetzen" (vergl. oben S. 13 ff.), und daß das, worauf es ankommen muß, eben darin besteht, die maßgebende Anknüpfung — oder die maßgebenden Anknüpfungen — für die verschiedenen „Prohibitivgesetze" oder die verschiedenen Klassen dieser Gesetze zu bestimmen. Das ist es, was man mit der verbesserten Prohibitivlehre hat sagen wollen oder hätte sagen sollen, was man aber nicht gesagt hat[1]). Hier war der Punkt, die Lehre Savigny's zu verbessern und weiterzuführen. Statt dessen ist man dabei stehen geblieben, zu glauben, es komme in der Hauptsache nur auf die Prüfung des sachlichen Inhalts bestimmter Gesetze

1) Obschon gelegentlich dazu der Anlauf genommen worden ist: vergl. Bar, Lehrbuch, S. 24 f., die Gebhard'schen Motive a. a. O., und vor allem Zitelmann, S. 356 ff., 374.

von ganz besonderer Art an [1]), und wenn man bei dieser Prüfung einen ungewöhnlich hohen Gehalt an sozialem Oel konstatirt habe, so sei die Analyse im Wesentlichen beendet, und die Diagnose auf „exklusive Anwendbarkeit" zu stellen. Stieß man dann hinterher auf Erscheinungen, welche mit einer exklusiven Anwendung durchaus nicht harmoniren wollten, so sagte man nicht: „Also ist die Diagnose falsch", sondern man meinte: „Also müssen wir diese Erscheinungen umdeuten." Und man deutete und deutelte so lange an den Begriffen herum, bis man sie glücklich derart komplizirt und verbogen hatte, daß man hineinschieben und herausholen konnte, was man gerade wollte und nöthig hatte. Viel richtiger als alle diese Begriffe und Theorien ist ein von Bar (Bd. 1 S. 129) gewähltes Bild, das Allen eingeleuchtet hat: von dem in fremder Rechtsordnung wurzelnden Stamm, der unserer Einwirkung entzogen ist, während wir das Recht haben, seine auf unserem Territorium hervortretenden Zweige und Schößlinge abzuhauen und abzugraben. Das Bild spiegelt instinktiv den Gedanken von der primären und subsidiären Anknüpfung wieder, und hätte es nahelegen sollen, vor allem diese subsidiäre Anknüpfung zu prüfen, welche durch das Wurzeln der Schößlinge, das Herüberragen der Zweige begründet wird.

---

1) Auch Zitelmann, S. 318: „Entscheidend ist der Inhalt der Rechtssätze: ihres Inhalts halber verlangen gewisse eigene Rechtssätze immer Anwendung, ihres Inhalts halber können fremde Rechtssätze so gemißbilligt sein, daß ihre Nichtanwendung in Frage kommt. Diesen Inhalt gilt es zu bestimmen, man muß ein generelles Merkmal zu finden suchen, an dem man erkennen kann, welche Rechtssätze unter jene Ausnahme fallen und das zugleich die Rechtfertigung für ihre Ausnahmestellung enthält." Vergl. S. 320 und 372. Das ist ein völlig präziser Ausdruck der allgemein herrschenden Ansicht. Vergl. auch z. B. Wharton, § 104b: „The only question, then, is what statutes ..... are to be regarded as the products of national policy."

Keines unserer Gesetze, mag es noch so fundamental sein, verlangt exklusive, absolute Anwendung, kein fremdes Rechtsinstitut, mögen wir es noch so sehr reprobiren, können wir einfach „unbeachtet" lassen, wie es die herrschende Meinung — auch die „verbesserte" Lehre — immer wieder als Prinzip aufstellt [1]). Nicht nur für Polygamie und Sklavenrecht gilt das, sondern für noch viel fremdartigere und „reprobirtere" Dinge, die gleichwohl heute noch bei orientalischen und bei Naturvölkern aller Art in weitester Verbreitung stehen, wie z. B. Ehen auf Zeit, Bedingung, Probe, Frauenkauf und Frauenraub, Eigenthum und Pfandrecht an Personen und Aehnliches [2]). Wollten wir „unter allen Umständen", wenn nur infolge eines zufälligen Gerichtsstandes derartige Rechtsverhältnisse in ihrer Existenz und ihren Folgen bei uns zu prüfen sind, sachlich unser Inlandsrecht anwenden — wir würden zu ganz absurden Konsequenzen gelangen; und wir würden außerdem — was vielleicht noch schlimmer ist — dem Geist unserer Zeit ins Gesicht schlagen, welcher erkannt hat, daß Recht und Sittlichkeit niemals und nirgends „absolut" sind, sondern relativ, durch Zeit, Ort und Verhältnisse bedingt.

1) Vergl. die oben S. 12 Anm. 5 Citirten. Vergl. speziell auch Donle, Ueber internationale Eheschließung, in Deutsche Zeitschr. f. Kirchenr., 3. Folge Bd. 2 S. 1 ff., spez. 27 ff. Treffend hebt Zitelmann, Bd. 1 S. 380 f. die Unmöglichkeit der Ignorirung fremden öffentlichen Rechts — gegenüber der sonst allgemein herrschenden Ansicht — hervor.

2) Vergl. zu solchen Dingen Post, Bausteine f. eine allg. Rechtswissenschaft, Bd. 1 S. 186, Bd. 2 S. 57 ff., 174 und pass.; Einleitung in das Studium der ethnolog. Jurispr., S. 28 ff.; Aufgaben einer allg. Rechtsw., S. 50 ff.; Kohler, Zur Urgeschichte der Ehe, S. 142, 152 ff. und in der Ztschr. f. vgl. Rechtsw., Bd. 3 S. 342 ff., 382 ff., Bd. 5 S. 334 ff., Bd. 6 S. 161 ff., 351 ff., 375, Bd. 7 S. 327, 351, 362, Bd. 8 S. 112, Bd. 9 S. 326, Bd. 10 S. 77, Bd. 11 S. 420 ff., 433, 436 ff.; Bernhoeft, eod. Bd. 9 S. 408; Tornauw, Bd. 5 S. 143 ff., Rehme, Bd. 10 S. 37 ff.; Friedrichs, Bd. 10 S. 249; Henrici, Bd. 11 S. 134 ff.

§ 6.

Gehen wir aber nicht gleichwohl zu weit, wenn wir behaupten, daß in keinem Falle unsere inländischen Sachnormen absolut und exklusiv anzuwenden seien? Ist nicht solch absolute Anwendung des Inlandrechts, eine Anwendung unabhängig von irgend welchen lokalen Umständen, irgend einer „staatlichen Beziehung", in vielen Fällen ganz unbestritten und unbestreitbar, z. B. bei Scheidungsklagen, bei unsittlichen Obligationen, bei Spielverbot und ähnlichen Dingen?

Unbestritten ist diese Auffassung allerdings (auch von Zitelmann, S. 374); aber nichts weniger als unbestreitbar.

Richtig ist zwar, daß manche Sachnormen, insbesondere Verbote, dann unbedingt angewandt sein wollen, wenn der von ihnen betroffene Anspruch vor inländischen Gerichten erzwungen werden soll. Allein daraus folgt nur, daß unter Umständen eben diese Thatsache der nachgesuchten Erzwingung vor inländischen Gerichten für gewisse Sachnormen die maßgebende Anknüpfung bilden kann; durchaus aber nicht, daß diese Sachnormen absolut und exklusiv angewandt sein wollen.

Man sage nicht, das sei eine akademische Unterscheidung, eine Spitzfindigkeit; es komme ja doch auf absolute Herrschaft unseres Gesetzes hinaus, wenn der angerufene Richter dasselbe immer anwende.

Einmal ist daran festzuhalten, daß es ein materielles subjektives Recht giebt, unabhängig und abgesehen von seiner gerichtlichen Durchsetzung. Hier gilt der im internationalen Privatrecht so oft mißbräuchlich angerufene Satz, daß der Prozeß dazu da ist, bestehende Rechte anzuerkennen, nicht neue

zu schaffen. Rechte können bestehen, und wir können berufen sein, als Theoretiker und Praktiker (Notare, Rechtsanwälte, Schiedsrichter), über deren Existenz ein Urtheil abzugeben, ohne daß eine gerichtliche Klage vorliegt oder in Aussicht genommen ist, ohne daß vielleicht die Möglichkeit überhaupt gegeben ist, eine solche im Inland anhängig zu machen. Wir müssen sagen können, was in solchen Fällen Rechtens ist, und zwar was nach unserer inländischen Rechts- (nicht Gerichts-)Ordnung Rechtens ist; und wir werden dabei nicht immer jene inländischen „Prohibitivgesetze" für maßgebend halten, denen es darauf ankommt, gerade dann unbedingt zu herrschen, wenn der Anspruch durch eine inländische Klage erzwungen werden soll.

Zweitens aber ist sehr vielfach, ja meistens, die Herrschaftstendenz unserer Gesetze mit der Anwendung durch den inländischen Richter durchaus nicht erschöpft; sie geht viel weiter. So erwarten wir z. B., daß die Volljährigkeit der 21-jährigen Deutschen, die Ungültigkeit einer geheimen und generellen Hypothek an inländischen Liegenschaften auch vor ausländischen Gerichten anerkannt werde. Umgekehrt aber erwarten wir nicht, daß der ausländische Richter eine etwa bei uns geschlossene Ehe nach unserem Rechte scheiden werde, wir erwarten es nicht einmal, wenn die Eheleute noch jetzt bei uns wohnen; wir erwarten nicht, daß er unser Verbot der Differenzgeschäfte auf bei uns geschlossene Verträge, sei es auch unserer eigenen Staatsangehörigen, anwende, vorausgesetzt, daß nach den allgemeinen Kollisionsnormen die betreffende Obligation einem anderen Rechte als dem unserigen angehört. Diese unsere Erwartungen sind aber keine müßigen Wahrscheinlichkeitskombinationen, sondern sie sind der positive Ausdruck unseres Rechtsgefühls. Unser Recht verlangt in jenen Fällen zu herrschen, in diesen verlangt es das nicht. Unser Recht weiß also ganz gut, was es will, auch wenn der

Prozeß nicht bei uns anhängig ist. Und es enthüllt sich dabei die interessante Erscheinung, daß in solchem Falle vielfach gerade diejenigen Sachnormen, welche man für so streng-zwingend hält, und von denen man annimmt, sie verlangten eine ganz besonders extensive, ja eine absolute Herrschaft, — daß gerade diese prohibitivsten Sachnormen auf ihre Anwendung verzichten, während andere Gesetze, von denen man sich einer absoluten Herrschaft gar nicht versieht, ihre Anwendung verlangen. Dieses Verlangen unseres Rechts kann auch praktisch werden, nicht nur in diplomatischen und völkerrechtlichen Aktionen (Retorsion, vergl. Art. 31 E.G.), sondern z. B. bei der Vollstreckung ausländischer Urtheile.

Endlich ist es sogar möglich, daß der Gerichtsort die maßgebende Anknüpfung bildet, ohne daß darum der inländische Richter die betreffende Sachnorm absolut, d. h. unter allen Umständen, anzuwenden hätte. Das klingt paradox. Wir geben ein Beispiel.

Nach englischem Recht ist wegen „champerty" ungültig ein Vertrag, inhaltlich dessen A den B beauftragt, seinen — des A — angeblichen Schuldner C einzuklagen, und dafür als Entgelt einen Prozentsatz der Summe verspricht, welche B von C als „damages" für A beitreiben wird. Die englische Jurisprudenz erkennt hierin — wie man es in Deutschland ohne Frage auch thun würde — ein Prohibitivgesetz (vergl. Dicey, p. 559, Rule 148 Exc. 1). Die Praxis erklärte aus diesem Grunde einen in Frankreich geschlossenen und an sich dem französischen Recht unterworfenen Vertrag für ungültig, in einem Falle, wo die Klage gegen C vor die englischen Gerichte gehörte. Ganz mit Recht; denn Zweck des Gesetzes ist offenbar, das Anhängigmachen frivoler Klagen durch Agenten rc. zu verhindern. Schwerlich aber dürfte die englische Praxis das Gesetz auch dann anwenden, wenn B und

C in Frankreich wohnen, B den C in Frankreich einklagen soll, und der Vertrag zwischen A und B prinzipiell französischem Rechte angehört. Denn England hat keinerlei Veranlassung, Frankreich vor frivolen Klagen zu schützen, wo dieses selbst auf solchen Schutz verzichtet. Wir sehen also hier ein sog. Prohibitivgesetz, für welches der inländische Gerichtsort die maßgebende Anknüpfung bildet; und doch kann es vorkommen, daß der inländische — englische — Richter die inländische Sachnorm nicht anwendet.

Wir haben nachzuweisen gesucht, daß ein „Prohibitivgesetz“ mit dem inländischen Gerichtsort als maßgebender Anknüpfung durchaus nicht gleichbedeutend ist mit einem Gesetz, welches absolute, exklusive Anwendung forderte.

Hierzu ist ein weiterer Irrthum der herrschenden Meinung festzustellen.

Es ist nämlich auch verkehrt, anzunehmen, daß die Prohibitivgesetze dieser Art nothwendig gerade Gesetze von einer außergewöhnlich streng-zwingenden, ganz hervorragend wichtigen Natur seien. Ein Gesetz, welches keine Klage aus Differenzgeschäften zuläßt, mag sehr nützlich sein; sein Bestehen oder Nicht-Bestehen ist aber wahrlich nicht von der Bedeutung, daß dadurch die Grundfesten unseres Staates erschüttert werden könnten; die Normen über den Schutz der Minderjährigen z. B. oder über das Hypothekenrecht dürften in jeder Hinsicht wesentlicher und erheblicher für unsere Gesellschaftsordnung sein. Der Satz: „la recherche de la paternité est interdite“ mag dem Code civil recht bedeutungsvoll für die öffentliche Sittlichkeit erscheinen. Aber es ist uns unerfindlich, warum man in ihm gerade einen der ehrwürdigsten Grundpfeiler unserer Kultur und Moral erblicken soll [1]); unerfindlich, daß

1) Vergl. z. B. die oben S. 11 Anm. 9 citirten Entscheidungen, bes. das L.G. Frankfurt u. a. m.

selbst der französische Gesetzgeber die Regelung der unehelichen Vaterschaft für so viel wichtiger und unangreifbarer erachtet haben solle, als die der ehelichen. Das englische Statute of frauds (29 Car. II. c. 3), wenn es für gewisse Rechtsgeschäfte schriftliche Fassung oder schriftliche Bestätigung fordert, ist sicherlich aus Rücksichten des öffentlichen Wohls erlassen worden; sein Titel („An act for prevention of frauds and perjuries"), seine pathetische „preamble" und sein Text selbst sagen es deutlich genug; daß aber ein derartiges Gesetz mit den sozialen Bedürfnissen enger verwachsen und für das Staatsleben wichtiger sei, als z. B. die Normen, welche der Ehefrau ein Erbrecht am Nachlaß des Mannes geben, vermögen wir nicht einzusehen.

Warum also weist man allgemein die nach lex fori verbotene Spielklage oder Vaterschaftsklage [1]) ab, ebenso wie die dem Statute of frauds nicht Genüge leistende Vertragsklage, während man in jenen anderen Fällen die fremde lex rei sitae, das fremde Vertragsrecht, das fremde Heimathsrecht ꝛc. vor unseren Gerichten zuläßt? Die Antwort liegt doch außerordentlich nahe, obschon wir sie nirgends auch nur angedeutet

[1]) Wir sehen hier von den vereinzelt gebliebenen und schwach begründeten Meinungen Fiore's und Laurent's ab, welche die Vaterschaftsklage der Ausländer trotz code civil Art. 340 und Codice civile italiano Art. 189 auch in Frankreich und Italien zulassen wollen: Fiore, II No. 733, Laurent, V p. 547 ff. No. 262 f. Vergl. dagegen u. a. Brocher, Cours I p. 329 ff., Lomonaco, p. 61, Catellani, III p. 350 ff., 576, Esperson, p. 174 ff., Fusinato, Questioni, p. 48, Weiss, Traité élémentaire, p. 729 ff., Despagnet, Précis, p. 319 ff., Durand, Essai, p. 344 ff. No. 166, Pillet in Clunet XXI p. 752, Bar, Bd. 1 S. 556 ff. und Lehrbuch, S. 25 f., Zitelmann, Bd. 1 S. 376 f. S. auch: Cassation 25. V. 68, Sirey, 68. 1. 365, Paris 2. VIII. 66, Sirey, 66. 2. 342, Trib. Marseille 26. I. 89, Aix 27. III. 90 und Seine 26. XI. 96 in Clunet XVI p. 676 ff., XVIII p. 210 ff., XXIV p. 137 ff., bes. 140, sowie die oben citirten deutschen Erkenntnisse (S. 11 Anm. 9).

finden: Ganz einfach deshalb, weil der Gerichtsort für die hier in Betracht kommenden Rechtsfragen nach der Natur derselben eine weit intensivere Anknüpfung bildet; weil es unserem Recht gerade darauf ankommt, die gerichtliche Erzwingung des Spielgewinns auszuschließen, den Mißbrauch der Alimenteprozesse zu verhindern, weil das Statute of frauds das gerichtliche Beweisverfahren sicherstellen will vor unlauteren Einflüssen, weil also die Beziehung derartiger Gesetze zu dem gerichtlichen Verfahren eine weit intimere ist, als bei den meisten anderen: deshalb ist man berechtigt, den Gerichtsort als Anknüpfung heranzuziehen, sei es als primäre, sei es als subsidiäre. Wenn für manche Arten von Gesetzen der Vertragsort, der Deliktsort u. Ae. die maßgebende Anknüpfung bildet, ist es dann so unnatürlich, daß für andere Civilgesetze der Gerichtsort diese Bedeutung haben kann, ohne daß solche Gesetze darum eine von allen anderen auszuscheidende ganz besonders exklusive Ausnahmekategorie darzustellen brauchen? Wenn wir von unserem Richter verlangen, daß er jede noch so unbedeutende und geringfügige Vorschrift des Civilprozeßrechts auf das bei ihm schwebende Verfahren anwendet, könnten wir nicht unsere Gründe haben, auch für gewisse Vorschriften des materiellen Rechts, die von der Grenze des Prozeßrechts nicht so sehr weit entfernt liegen, etwas Aehnliches zu fordern? Und haben wir es dafür nöthig, uns auf die mysteriöse und wurmstichige Brücke der „Prohibitivgesetze" hinauszuwagen?

§ 7.

Wir würden die bisherigen Ergebnisse dahin zusammenfassen:

1) Die Rechtssätze, welche man unter den sog. Prohibitivgesetzen zu begreifen pflegt, sind nicht, wie man gemeiniglich

annimmt, gerade und nur solche, welche in ganz besonderem Maße als „positiv", „streng-zwingend" ꝛc. gelten können oder die tiefsten ethischen und sozialen Bedürfnisse unseres Staatslebens verkörpern.

2) Die „Prohibitivgesetze" werden nicht absolut oder exklusiv angewendet, vielmehr wie alle anderen Gesetze unter der Voraussetzung bestimmter Anknüpfungen. Die irrthümliche Vorstellung der Exklusivität dieser Gesetze beruht entweder auf der Annahme, daß in solchen Fällen stets die Sachnorm der inländischen lex fori anzuwenden sei; eine Voraussetzung, die bei den meisten dieser Gesetze gar nicht zutrifft und die selbst da, wo sie zutrifft, jene Vorstellung nicht rechtfertigt; oder aber sie beruht auf einer Verwirrung von Sachnorm und Ortsnorm (Kollisionsnorm). Die Sachnorm ist in keinem Falle exklusiv; die Kollisionsnorm ist es in jedem Falle, mag sie nun auf ein ganz besonders streng-zwingendes Gesetz sich beziehen oder nicht.

3) Die bei den sog. Prohibitivgesetzen maßgebenden Anknüpfungen sind keine einheitlichen. Manchmal ist es der Gerichtsort (Differenzgeschäfte, Scheidung), manchmal der inländische Wohnsitz (Publizität des ehelichen Güterrechts), manchmal der bloße Aufenthalt (Polygamie, Sklaverei), manchmal der locus actus (Civilehe, religiöse Ehe), manchmal die Zugehörigkeit zu einem industriellen oder geschäftlichen Betrieb, dessen Hauptniederlassung im Inland ist (Haftpflicht, Verbot unlauteren Wettbewerbs), manchmal die Lage des Vermögensgegenstandes (Fideikommiß, Veräußerungsverbot, Ausschluß der Mobiliarhypothek) u. s. f.

4) Es mag sein, daß bei manchen der sog. Prohibitivgesetze sich die Nothwendigkeit mehrfacher Anknüpfungen ergiebt; es mag sein, daß manche dieser Gesetze einer allgemeinen Grenznorm unterliegen und daneben eine besondere

strikte Ausdehnungsnorm mit subsidiärer Anknüpfung fordern. Aber einmal ist dies durchaus nicht bei allen „Prohibitivgesetzen" der Fall; zweitens tritt diese Besonderheit bei den verschiedenen Prohibitivgesetzen in einer nach Form und Inhalt sehr verschiedenen Gestalt auf; und drittens ist diese Besonderheit durchaus nicht auf den Kreis der sogenannten Prohibitivgesetze beschränkt, sondern wir haben es hier mit einer Erscheinung zu thun, die sich auf den ganzen Bereich des internationalen Privatrechts erstreckt (vergl. oben S. 2 ff.).

§. 8.
Verhältniß der deutschen Theorie zur romanischen.

Wenn man sich von den vorstehend formulirten Ergebnissen speziell das sub 2 und 3 festgestellte gegenwärtig hält (dazu unsere näheren Ausführungen oben § 2), so tritt Eines nunmehr mit voller Deutlichkeit heraus: die Kluft zwischen der deutschen und der romanischen Theorie, die uns anfänglich so abgrundtief erscheint, ist zum größeren Theil imaginär; und zwar nicht etwa nur deshalb, weil man sich von drüben Uebergriffe auf unser Gebiet erlaubt (Bar, Bd. 1 S. 85, 100), sondern weil wir selbst eine Brücke geschlagen haben, so breit, bequem und fest, daß der freundnachbarliche Verkehr in völlig ungehinderter Weise vor sich gehen kann.

In der That ist der Grundgedanke der romanischen Lehre vom ordre public in voller Klarheit schon von Savigny ausgesprochen worden. Savigny definirt jene Gesetze von besonderer „streng positiver, zwingender Natur" — die der Richter „ausschließender" [1]) anzuwenden habe — als solche,

1) Dieser Ausdruck ist, wie man sieht, bedeutend vorsichtiger, als die von Savigny's Nachfolgern gewöhnlich gebrauchten. An anderen Stellen wird aber auch Savigny apodiktisch und erklärt, daß in Bezug auf diese Art von Gesetzen „jeder Staat für sich als völlig abgeschlossen erscheint" u. ähnl., vergl. S. 160 f., 312 f. u. a. m.

„welche ihren Grund und Zweck außerhalb dem reinen, in seinem abstrakten Dasein aufgefaßten Rechtsgebiete haben" (S. 32 ff., 35 ff.). Sie beruhen auf „sittlichen Gründen" oder auf „Gründen des öffentlichen Wohls, mögen diese nun mehr einen politischen, polizeilichen, oder rein volkswirthschaftlichen Charakter haben"[1]). Das ist, wie wir sehen werden, fast wortgetreu die von der modernen Statutenlehre allgemein adoptirte Definition ihres ordre public. Sehr bezeichnend sind weiter die Ausführungen Savigny's S. 517, 522 ff., bei der Lehre von den zeitlichen Grenzen der Gesetze. Er spricht dort von gewissen Beschränkungen der persönlichen Freiheit und der Freiheit des Grundeigenthums, „die ihrer Natur nach über das einzelne Menschenleben hinausreichen". Die Gesetze, durch welche derartige Rechtsinstitute aufgehoben werden, seien stets „streng-positiv zwingender Natur, da sie außer dem reinen Rechtsgebiet ihre Wurzel haben" — also wörtlich wie oben. Zu diesen Rechtsinstituten rechnet Savigny hier aber neben Lehen, Fideikommissen u. a. auch Reallasten, Prädialservituten, Emphyteuse. Man begreift dann in der That nicht, warum bei der örtlichen Herrschaft der Gesetze nicht das Gleiche gilt; und man sieht, wie es die ganz natürliche Konsequenz der Savigny'schen Idee ist, alle gebietenden oder verbietenden Sätze des Sachenrechts in den Kreis der Prohibitivgesetze hereinzuziehen.

Es darf uns nicht stutzig machen, daß man aus dem Gedanken der „Exklusivität" doch nicht Herrschaft der lex rei sitae ableiten könne; man kann dies vielmehr sehr gut, und zwar mit der gleichen Folgerichtigkeit, mit der man überall bei den Prohibitivgesetzen den Exklusivitätsgedanken verwerthet.

1) Aehnlich auch schon Wächter, Civ. Archiv, Bd. 24 S. 265 ff., welcher gerade auf solche Erwägungen seinen bekannten Satz gründet, daß der Richter im Zweifel das Recht seines Landes anzuwenden habe.

Man muß sich nur darauf beschränken, an die Kollisionsnorm in ihrer einfachsten und ursprünglichsten Gestalt zu denken, d. h. an die inländische Ausdehnungsnorm, nicht an die daraus abgeleitete Grenznorm. Man sagt z. B.: „Zur Rechtfertigung der Regel dürfte genügen, darauf hinzuweisen, daß die Liegenschaften Theile des Staatsgebiets bilden, daß sich an ihren Besitz mannigfache Einrichtungen öffentlich-rechtlicher Natur anlehnen, und daß die das Immobiliarsachenrecht regelnden Normen in volkswirthschaftlicher Beziehung von schwerwiegender Bedeutung sind. Das öffentliche Interesse verlangt Einrichtungen, welche die thunlichste Sicherung des Immobiliarverkehrs gewährleisten, und die allgemeine Wohlfahrt ist bei Lösung der Frage, welches Maß von Befugnissen die unmittelbare Herrschaft über Grund und Boden den Berechtigten gewähren sollen und in welchem Umfange Rechte zuzulassen sind, die das Eigenthum beschränken, in hohem Grade betheiligt". Man glaube nicht, daß die vorstehenden Sätze aus Mancini, Laurent oder Esperson übersetzt seien, wie es in der That sehr wohl der Fall sein könnte. In Wahrheit sind sie — den Gebhardschen Motiven zum ersten Entwurf unseres deutschen internationalen Privatrechts entnommen (Motive, S. 52 f.).

Derartige völlig modern-romanische Argumentirungen lassen sich bei uns in weitestem Umfange nachweisen. So, wenn Savigny S. 326 sagt: „Nach allgemeinen Grundsätzen ... möchte man annehmen, daß die persönliche Fähigkeit der Frau nach ihrem Heimathrecht zu beurtheilen wäre. Allein gerade die hier einschlagenden Gesetze, die auf sittlichen Rücksichten beruhen, haben eine streng-positive Natur, und daher (sic!) sind die in dem Wohnsitz des Mannes geltenden Ehehindernisse schlechthin bindend." Hierher gehören vor allem auch die durch und durch romanischen Erörterungen

Weil's zum österreichischen Kuratorengesetz [1]), und sodann zahllose Aeußerungen unserer Praxis [2]). Man kann sich unter diesen Umständen kaum dagegen verwahren, wenn Pillet (Ordre public, préface) geradezu behauptet: „L'école allemande, tout en rejetant la forme et en quelque sorte l'étiquette franco-italienne de la règle ne laisse pas que d'admettre les conséquences auxquelles elle conduit" [3]). Verbindlicher sagt uns Laghi (l. c. p. 93), die ganze ita-

---

1) Weil, die Geltendmachung der Coupons der Staatsbahnprioritäten im Ausland und das österreichische Kuratorengesetz, Wien 1893, bes. S. 32 ff.

2) Siehe die oben S. 10—12 citirten Rechtsfälle, darunter z. B. R.G.Entsch., Bd. 15 S. 12 ff., spez. S. 14; Bd. 19 S. 382 ff., spez. S. 384; Bd. 34 S. 72 ff., Bd. 37 S. 266; O.A.G. Rostock 19. X. 46, O.A.G. München 17. I. 68, Seuffert, Bd. 11 Nr. 4, Bd. 22 Nr. 112; O.L.G. Karlsruhe 21. XI. 81, Bad. Annalen, Bd. 48 S. 152, L.G. Frankfurt a. M. 1. II. 94, Böhm, Bd. 5 S. 170 ff.

3) Aehnliches läßt sich aber auch von den Anglo-Amerikanern behaupten. Dicey z. B. — dessen Buch wohl das getreueste Spiegelbild der englischen Praxis ist — zieht ganz allgemein in den Kreis des ordre public auch das Immobiliarsachenrecht, das Deliktsrecht und das Prozeßrecht herein, cf. General Principle II u. p. 33 ff. Der amerikanische Richter Mulley resumirt in Roth v. Roth (44 Am. Rep. 81 ff., spez. 83) die Praxis dahin, fremdes Personalrecht sei immer dann nicht anzuerkennen, wenn es der „settled policy" des Inlands entgegen sei, „or to the good order and well being of society". Vergl. ferner Dicey, Rule 148 Exc. 1; Moore in Dicey, p. 538 f.; Story, §§ 109 ff., 206 ff., spez. § 229 p. 306 und §§ 576 ff.; vor allem: Wharton, §§ 84, 104b, 105 ff., 112 ff., 139, 329 ff. und passim, auch in Clunet VI p. 514 ff. Aus der englischen Praxis besonders: Fenton v. Livingstone, 3 Macq., H.L., 497 ff., spez. 551; Brook v. Brook, 3 Sm. & G. 481 ff., bes. 531 (V. C. Stuart); 9. H.L. 193 ff., bes. 202 (Bethell, Att. gen.) und 241 ff. (Lord Wensleydale); Birtwhistle v. Vardill, 5 Ba. and Cre. 438 ff., spez. 447; in re Missouri Steamship Co., 42 Ch. D. (C. A.), 321 ff. Aus der amerikanischen Praxis: Polydore v. Prince, 1 Ware 406 ff., bes. 409; Barber v. Root, 10 Mass. 265 ff.; Commonwealth v. Lane, 113 Mass. 458 ff., spez. 463; Roß v. Roß, 37 Am. Rep. 321 ff., spez. 322 (Gray, C. J.).

lienische Schule sei nichts Anderes, als eine mehr oder weniger glückliche Entwicklung der Gedanken Savigny's. Sie ist dies in der That. Wie sie überall mit Savigny's Ideen von der internationalen Rechtsgemeinschaft, von der Natur und dem Sitz der Rechtsverhältnisse operirt, so ist insbesondere der ganze ordre public nichts Anderes als Savigny's Klasse der positiven und streng zwingenden Gesetze, nur etwas ausgedehnt und — in seiner Art — konsequenter durchgeführt. Jede Vergrößerung ist aber gleichzeitig eine Vergröberung. Aus der falschen Linie, der kleinen Verzeichnung, wird eine augenfällige, entstellende Verzerrung. Die Vergrößerung demonstrirt uns auf diese Weise ad oculos, wo das Original zu verbessern war. Schon aus diesem Gesichtspunkte allein hätte die romanische Schule es verdient, bei uns genauer beachtet und in die Einzelheiten verfolgt zu werden.

B. Die romanische Theorie (die moderne Statutenlehre).

§ 9. Allgemeines:

Das „principio della nazionalità" und der „ordre public".

Mancini's Gedankengang ist folgender[1]):

Fundament alles internationalen Rechtes ist die „coesistenza delle nazionalità secondo la legge del diritto"; die Koexistenz nicht etwa der Staaten, sondern der Nationen, jener natürlichen Gemeinschaften, beruhend auf Einheit von Rasse, Sprache, Gewohnheit, Recht und Territorium. Sie sind unter einander gleich berechtigt, und daraus folgt die Verpflichtung jeder einzelnen dieser Gemeinschaften, die Rechte

1) Mancini, Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, Torino 1851; bes. Rapport à l'Institut de droit international, Bull. de l'Institut, Session de la Haye 1875.

der Fremden anzuerkennen, und zwar mit dem ihrer Person nothwendig zugehörigen, für sie geschaffenen nationalen Rechte.

Dies der natürliche und oberste aus der Unabhängigkeit der Nationen folgende Grundsatz. Allein die Freiheit der Nationen findet im internationalen Recht die nämliche Schranke, wie die Freiheit der Individuen im nationalen Recht. Auch im Innern des Staates gilt ja grundsätzlich das Prinzip der Freiheit; aber nur soweit es sich um das Individuum oder um die Beziehungen einzelner Individuen unter einander handelt; die individuelle Freiheit muß sich seitens der Staatsgewalt eine Einschränkung gefallen lassen überall da, wo die öffentliche Ordnung in Frage kommt. Genau ebenso verhält es sich im internationalen Recht. Mit anderen Worten: der Grundsatz der Nationalität — welcher für das internationale Recht dasselbe ist, wie der Grundsatz der individuellen Freiheit für das nationale — findet seine Schranke in den Gesetzen der öffentlichen Ordnung. Wenn also einerseits der Bürger sein droit privé national überallhin mit sich trägt, und der Auslandstaat ihm dieses sein Reisegepäck belassen muß „au nom du principe de nationalité", so hat andererseits jeder Staat „au nom du principe de l'indépendance politique" das Recht, in seinem Territorium zu untersagen „toute infraction à son droit public et à l'ordre public du pays". Oeffentliches Recht in diesem Sinne sind natürlich vor allem auch die auf Gründen der Moral, der guten Sitten und der ökonomischen Ordnung des Landes beruhenden Privatrechtssätze. In diesem Sinne heißt es: Le droit privé est personnel et national, ... le droit public ... est territorial: il plane sur le territoire et sur tous ceux qui l'habitent indigènes ou étrangers sans distinction."

Personalität des „droit privé", Territorialität des „droit public" ist und bleibt das Palladium der romanischen Schule.

In Strisower's Kritik wird neben diesen beiden Klassen von Gesetzen als gleichwerthig eine dritte genannt, nämlich die Dispositivgesetze, welche der freien Parteiautonomie unterstehen sollen. Diese Dreitheilung entspricht jedenfalls nicht der Darstellung Mancini's. Er nennt die Dispositivgesetze lediglich als eine Unterabtheilung der ersten Klasse und stellt sie als „droit privé volontaire" dem „droit privé nécessaire" gegenüber. Bei Anderen scheint allerdings gelegentlich ein solches „Dreiklassensystem" die Oberhand zu gewinnen: vergl. Laurent, I p. 624 No. 423, Catellani, I p. 118 No. 103, p. 136 ff. No. 116, Carle (La faillite dans le droit international privé, traduit par Dubois) p. 18 No. 30, Olivi in Revue de droit international XV p. 215 note 1, Buzzati (L'autorità delle leggi straniere etc.) p. 110, Bustamente, l. c. p. 75 ff., 118 u. passim [1]). Allein dies darf uns ebensowenig befremden, als wenn z. B. Weiß (Traité élémentaire, p. 166 ff., 512) eine vierte Klasse beizufügen scheint zu Gunsten der Regel „locus regit actum" [2]), während Andere — gewiß konsequenter — die obligatorischen Formvorschriften den lois d'ordre public eingliedern. (Vergl. Laurent, II p. 417 ff. No. 233 ff., Fiore,

1) Bustamente nennt überhaupt (logisch korrekter) nur die Dispositivgesetze leyes de orden privado und stellt ihnen gegenüber 2. die leyes de orden público interno und 3. die leyes de orden público internácional. Vergl. dazu unten S. 48 ff.

2) „La loi a toujours pour objet l'utilité de la personne; elle ne peut régir que ceux pour qui elle a été faite; mais ceux-la elle doit, en principe, les régir en tous lieux et dans tous leur rapports juridiques, sauf les exceptions qui résultent de ordre public international, de la règle locus regit actum, de l'autonomie de la volonté."

I No. 230 ff., Buzzati, l. c. p. 70 ff., 111 ff., II. Kommissionsbericht Haag. Actes I p. 60.) In den meisten Fällen hören wir, wie bei Mancini, nur von jenen zwei obersten Klassen reden[1]), und sie sind das eigentlich Charakteristische der Schule; Zusatzklassen irgend welcher Art haben wir gewissermaßen als irreguläre Appendices zu betrachten. So faßt Laghi l. c. das oberste, nach seiner Meinung überhaupt universelle Prinzip der gesammten Theorie dahin zusammen: Es giebt due categorie di leggi; eine, deren autorità domina assoluta ed esclusiva sul territorio dello stato medesimo; die andere, che estendono dovunque il loro imperio. Erstere nennt man leggi reali, positive, rigorosamente obbligatorie, di diritto o di ordine pubblico, territoriali; letztere leggi personali, di diritto o di ordine privato, estraterritoriali.

Es ist eigen, daß wir dieses gelegentliche Schwanken zwischen Zweiklassensystem und Dreiklassensystem wie bei der modernen so auch bei der alten Statutenlehre[2]) erkennen. Aber auch dort kommt die Dogmenlehre zu dem Resultat, daß das dritte Statut nur ein unechtes und beiläufiges Anhängsel ist, bezüglich dessen sich eine Uebereinstimmung nicht nachweisen läßt. Auch dort bleibt als anerkanntes Dogma nur die Scheidung aller Gesetze in zwei Klassen[3]).

---

1) Vergl. z. B. Esperson, Il principio di nazionalità etc., Pavia 1868, passim; Fusinato, Questioni, p. 35, 51; Fiore, I No. 36, 37 u. pass.; Durand, p. 288 ff. No. 120 ff; Laghi, VI u. pass.; Pillet, Ordre public, p. 3 ff. u. a. m.

2) Die Italiener pflegen wie die neue so auch die alte Statutenlehre als ihr geistiges Eigenthum in Anspruch zu nehmen. Mag man es aber als Rehabilitirung des „großen Bartolus" oder als eine Zerpflückung seines Lorbeers betrachten, Lainé hat jedenfalls nachgewiesen, daß weder dieser noch Baldus als Vater der Statutenlehre gelten kann, sondern erst Argentraeus. Vergl. Lainé, I p. 112 ff., 131 ff., 154 ff., 251 ff.

3) Vergl. Lainé, II p. 24, 39 ff.; auch I p. 326 ff., 359 ff., 369 ff., 401 ff.; s. bes. Bouhier, XXIII No. 24 ff., 29 ff., 43 ff.

Bei den alten Statutariern ist jedoch, wie bekannt, die Territorialität die Regel („toutes les coutumes sont réelles"), die Personalität die Ausnahme [1]).

Mancini's Auffassung ist, wie wir gesehen haben, genau die umgekehrte. Nicht das Territorium, sondern die Nationalität gilt es zu vertheidigen. Mit südländischem Feuer thut dies die italienische Lehre. Der Hauch nationaler Begeisterung, welcher die Einheit ihres Vaterlandes geschaffen hat, schwellt auch die Segel der juristischen Theorie: „In pari tempo l'Italia nostra tributò un solenne omaggio al principio di nazionalità, dopo di avere pel suo trionfo combattuto lunghe e sanguinose lotte; perocchè sono su tale sublime principio poggiate le regole di Diritto internazionale privato alle quali fu data la sanzione" [2]).

Schon in Haymarket hat man aber die Erfahrung gemacht, daß Pegasus kein ausdauernder Pflugstier ist. Nicht viel anders ging es in Italien, als man begann, mit der neuen Lehre das Feld des internationalen Privatrechts umzupflügen. Der stolze Nationalitätsgedanke hat wohl einiges Gute gethan. Er wirkte mit bei dem heute endgültig entschiedenen Sieg des „Heimathsrechts" über das „Wohnsitzrecht" auf dem Gebiete des Personalstatuts — ein Sieg, welchen die deutsche und französische Theorie wohl ohnedem, trotz des Widerstrebens der Anglo-Amerikaner, erzwungen haben würde und, wo es noch nöthig ist, erzwingen wird. Der Nationalitätsgedanke hat ferner das unleugbare Verdienst, zur Erweiterung der Fremdenrechte, bezw. zur Eindämmung des ius albinagii, beigetragen zu haben. Ihm vornehmlich ist es zu danken, daß der codice civile italiano (Art. 3) den liberalen Satz

1) Vergl. Lainé, I p. 311 ff., 316 ff.; II p. 54 ff. S. bes. Argentraeus und Bouhier.

2) Esperson, l. c., Introd. XV.

von der unbeschränkten bürgerlichen Gleichberechtigung der Ausländer aufgenommen hat, in bewußtem Gegensatz zu dem engherzigen und veralteten Standpunkt des französischen Code civil[1]). Von diesem Gesichtspunkt aus wäre es recht wünschenswerth gewesen, wenn Mancini's Einfluß sich auch bei unserer Kodifikation bemerkbar gemacht hätte. Bundesräthliche „Verbesserungen" wie Art. 25 Satz 2, Art. 27 und Art. 31 des Einführungsgesetzes zum B.G.B. wären uns dann vielleicht erspart geblieben.

Allein abgesehen von diesen beiden Dingen — Herrschaft des Heimathrechts für die Fragen des Personalstatuts und grundsätzliche Gleichberechtigung der Fremden — war eigentlich mit dem „sublime principio" nicht viel anzufangen.

Ganz anders wie mit dem Prinzip stand es aber mit der Ausnahme, die Mancini's Lehre verkündet hatte. Sie war nicht der Begeisterung entsprungen, sondern stellte sich als die nothwendige Konzession des Ideals an die Wirklichkeit dar, als der peinlich zu tragende Erdenrest. Und gerade deshalb ist nachträglich diese Ausnahme — der ordre public — zum Angelpunkt des ganzen Systems geworden.

Laurent verwahrt sich überhaupt mit größter Entschiedenheit dagegen, daß man hier von einer Ausnahme rede. Nach ihm giebt es in Wahrheit „ni règle ni exception", sondern einfach „des statuts de nature différente, les uns réels parce qu'ils concernent un droit social, les autres personnels parce qu'ils sont relatifs à des intérêts privés"[2]).

1) Der heutzutage völlig unbrauchbare Art. 11 C. c. ist nur durch einen wahren Eiertanz der Auslegekunst den Bedürfnissen der Praxis einigermaßen genähert worden. Man vergl. besonders die Darlegung der verschiedenen Theorien bei Weiß, Traité théorique et pratique de droit international privé (1892—1894) II p. 180 ff.

2) Laurent, I p. 57 ff. No. 22, p. 61 ff. 227, 642 f. No. 434, II p. 90 f. No. 52, p. 171 No. 89, p. 345 No. 187, p. 348 No. 190, V p. 102 f. No. 47, VIII p. 157 No. 99 ꝛc.

Die gleiche Anschauung vertritt Bustamente (l. c. p. 104 ff.). Vergl. auch Laghi, p. 111, 212, und Fedozzi in Clunet XXIV p. 71. Noch weiter geht Diena. Er findet, Fusinato beipflichtend, daß die italienische Schule allzu sehr der Personalität huldige zum Schaden der Territorialität [1]). Das Verhältniß der beiden Statuten sei umzukehren. Prinzip müsse sein die „territorialità". Damit würde also die moderne Statutenlehre sich noch mehr ihrer Vorgängerin nähern. Allein Diena steht in diesem Punkte vereinzelt, und auch Laurent's Meinung ist nicht die herrschende. Die Mehrzahl hält den Standpunkt Mancini's fest, wonach die Personalität grundsätzlich die Regel und die Territorialität die Ausnahme bildet [2]). Das sind aber schließlich Fragen rein äußerlicher Natur. Mag man das Prinzip formuliren, wie man will, mag man die lois d'ordre public als Regel, als Ausnahme oder als keines von beiden auffassen, eines steht fest: sie sind die Hauptsache, der Kardinalpunkt der ganzen Lehre, und deren wesentlichste Schwierigkeit [3]). Noch mehr: man könnte aus Mancini's Gedankengang alles das, was ihm so wichtig scheint, die Nationalität als solche, eliminiren und z. B. an die Stelle den Gedanken setzen, daß die Person das Recht ihres Domizils oder ihres Geburtsorts mit sich herumtrage; man würde nichts verlieren, als ein paar sublime Worte, das Grundprinzip und der Kern der modernen Statutenlehre bliebe erhalten. Den praktischen Beweis liefern einzelne Autoren, welche eben gegen jene Auffassung Mancini's von der Nationalität mehr oder

1) „rende omaggio eccessiva alla personalità a danno della territorialità". Diena, Diritti reali, p. 44 ff. u. passim.

2) Vergl. z. B. Lomonaco, Trattato di diritto civile internazionale, § 4 p. 58 ff.; Durand, l. c. p. 288 ff. No. 120 ff.; Pillet, Ordre public, p. 46 ff.; Despagnet in Clunet XVI p. 13; Surville, eod. p. 528 ff. u. a. m.

3) Vergl. die oben S. 6 Anm. 1 gegebenen Citate.

weniger scharf zu Felde gezogen sind, wie Brocher, Fusinato und Pillet[1]), und welche darum doch klare Anhänger der romanischen Schule sind und bleiben[2]). Der Pegasus der Nationalitätenidee ist gen Himmel geflogen, und der Pflugstier des „ordine pubblico" blieb im Gespann. Mit ihm allein hat man gearbeitet[3]).

I. Der Inhalt der ordre public.

§ 10.

Welche Gesetze gehören dem ordre public an?

Die romanische Schule hat sich redlich bemüht, uns diese erste und wichtigste Frage zu beantworten. Der Erfolg steht aber nicht im rechten Verhältniß zu diesen Bemühungen[4]).

Es ist klar, daß ein besonderer Begriff des ordre public[5]) für das internationale Privatrecht geschaffen werden

---

1) Vergl. Brocher, Nouveau traité, p. 53 ff., auch Cours I p. 22 ff.; Fusinato, Il principio della scuola italiana nel diritto internazionale privato, Macerata 1884, p. 18 ff.; Pillet in Clunet XXI p. 745 ff.

2) Mit Unrecht würde man Fusinato hiervon ausnehmen (Bar, Bd. 1 S. 95 ff.). Vergl. z. B. seine Formeln in Questioni di diritto int. pr., p. 35 u. 51. S. darüber auch Laghi l. c. p. 134 f.

3) Dies hat Strisower's in ihrer Kürze sonst meist treffende Darstellung völlig verkannt. Seine Kritik wendet sich relativ ausführlich gegen das Prinzip der Nationalität und das der Autonomie — gerade die beiden Punkte, in welchen die romanische Schule weniger originell, aber wohl im Recht und siegreich gewesen ist. Die Lehre vom ordre public dagegen wird zwar mit einigen schlagenden Bemerkungen, aber ganz kurz auf einer halben Seite abgefertigt (p. 29).

4) Vergl. oben S. 7.

5) Die Unbestimmtheit des Ausdrucks ordre public darf man den Romanen nicht zum Vorwurf machen. Die ersten Anhänger der Schule sind sich über diese Vagheit des Worts völlig klar: vergl. z. B. Laurent, V p. 272 No 131, VII p. 289 No. 178 u. pass.; Fiore, No. 254 f.; Fusinato, Questioni, p. 35; Despagnet in Clunet XVI p. 6 ff., 15 ff.;

muß. Es kann nicht die Rede davon sein, daß nur das gewöhnliche „ius publicum quod pactis privatorum mutari non potest" gemeint sei. Denn gerade das Musterbeispiel der personalen lois d'ordre privé, die Statusgesetze, würden ja sonst „territorial" werden.

Dieses erste, negative Merkmal hat Brocher sozusagen terminologisch fixirt. Er unterscheidet einen ordre public interne und einen ordre public international. Brocher meint hiermit nicht — wie es ihm Bar, Bd. 1 S. 99 und Lehrbuch, S. 17 zuschreibt, und wie manche seiner Nachfolger in der That sagen [1]) — daß der ordre public interne nur die Inländer, der ordre public international dagegen auch die Ausländer binde. Diese Auffassung war bei Brocher schon darum ausgeschlossen, weil ihm — sein allgemeiner Standpunkt weicht hierin von der italienischen Lehre ab (vergl. Nouveau traité, p. 20 ff. und Cours I, p. 2 ff.) — auch die zwingenden Sätze des Sachenrechts zum ordre public interne gehören. Er sagt auch ausdrücklich, für die lois d'ordre public interne gelte als anzuwendendes Gesetz jeweils „celle qui régit la matière dont il y est question" und führt dies Nouveau traité p. 343 ff. im Einzelnen durch; für die lois d'ordre public international dagegen ist lediglich das „territoriale" Gesetz anzuwenden. Was Brocher bei dem Gegensatz vorgeschwebt hat, war offenbar der allgemeine Gedanke Mancini's: lois d'ordre public interne sind diejenigen Gesetze, welchen ein zwingender Charakter im Hinblick auf die inländische Privatrechtsordnung innewohnt, lois d'ordre public international

Contuzzi, Diritto internaz. priv., § 58; Buzzati, l. c. p. 72; Fedozzi in Clunet, XXIV p. 72. S. auch Flaischlen in Revue de dr. int. XXV p. 161 ff.

1) So Despagnet, Surville, Olivi, Bustamente l. c. Vergl. auch Laghi, l. c. p. 28, 208 u. passim.

dagegen diejenigen, welche rücksichtlich des internationalen Privatrechts zwingend erscheinen. Die gewählten Ausdrücke sind trotzdem — von der Schiefheit der Begriffe ganz abgesehen — recht unglücklich und zweideutig [1]). Man könnte sie ebenso gut umkehren. Ordre public international könnten diejenigen Bestandtheile des Privatrechts sein, welche zwar zwingend und öffentlicher Ordnung sind, aber doch international anerkannt werden, dem Bürger ins Ausland folgen; ordre public interne dagegen wären diejenigen zwingenden Gesetze, welche nur für das Inland gelten, „strikt-territorial" sind. Wie dem auch sei, die Brocher'sche Terminologie hat gewaltigen Erfolg gehabt und sie hat im weitesten Umfang in Theorie und Praxis Eingang gefunden [2]). Wenn man nur einmal genau weiß, was damit gemeint ist [3]), so ist auch

1) „très équivoque et aussi mal choisi que possible" meint auch Aubry in Clunet XXIII p. 468 f. note 1.

2) Vergl. Clunet II p. 270 note; Weiss, Traité élémentaire, p. 516 ff. und in Clunet XIV p. 271 f. note; Despagnet, Précis, p. 119 ff. No. 111 ff. und in Clunet XVI p. 207 ff., 214; Olivi in Revue de droit int. XV p. 218 ff. und Stocquart, eod. XXIII p. 134; Surville in Clunet XVI p. 528 ff.; Rolland in Clunet XVII p. 54 ff., 236 ff., spez. 65, 246 f.; Audinet, eod. XVIII p. 1119; Clunet, eod. XIX p. 417 ff., 421; Bustamente, l. c. p. 75, 78 ff. 118 u. pass.; Durand, p. 388 ff. No. 189; Laghi, l. c. 123 ff., 162 ff., 211; dagegen: Fiore, No. 252; Pillet, Ordre public, p. 27 ff.; Rolin in Revue de droit int. XXVI p. 441; auch Boissarie, l. c. p. 150 ff., der seinerseits ordre public „national" und „universel" vorschlägt. Der dritte Kommissionsbericht der II. Haager Konferenz (Actes II p. 52) sagt „ordre public interne" und „o. p. externe".

3) Nicht recht verständlich ist in dieser Hinsicht Meili in Böhm, Bd. 1 S. 168 ff. Er hat sich in entschiedenster Weise gegen alle Formeln des ordre public ausgesprochen (vergl. oben S. 9 Anm. 1), weil dieselben „in der Doktrin des internationalen Privatrechts geradezu verheerend wirken". Ueberraschenderweise meint er aber weiter, „die richtige Lösung" habe Brocher gefunden, indem er unterscheide o. p. international und o. p. interne. Die Erklärung dazu giebt uns dann

schließlich nicht viel dagegen einzuwenden. Eine schlechte Bezeichnung für eine nothwendige Unterscheidung ist immerhin besser als gar keine, und eine eingebürgerte schlechte Bezeichnung ist oft sogar besser als eine nicht eingebürgerte gute.

Mit der terminologischen Unterscheidung allein ist jedoch nicht viel gewonnen. Die Frage wiederholt sich, nur schärfer gestellt: Welches sind die lois d'ordre public international und woran kann man sie erkennen?

Man ist leicht geneigt, anzunehmen, eine präzise Antwort auf diese Frage sei überhaupt bei Niemanden zu finden. Unseres Erachtens läßt sich jedoch eine einheitliche und herrschende Meinung hierüber in der romanischen Schule deutlich nachweisen.

Wir geben im folgenden Paragraphen zunächst eine Zusammenstellung maßgebender Aeußerungen, aus welchen diese herrschende Meinung zu entnehmen ist.

§ 11.

Von kürzeren und allgemeinen Definitionen seien genannt:

Mancini (Bulletin, l. c. p. 21, 25) erklärt, es handle sich um l'action du pouvoir public auquel sont confiés la tutelle et la garantie de l'ordre public et le développement du progrès social; ... les défenses et prescriptions jugées nécessaires à la prospérité de la vie sociale.

Esperson (l. c. p. 31): Kein Volk kann dem anderen

Meili mit der von ihm selbst vorgeschlagenen Formel: „Diejenigen Rechtsgeschäfte sind im internationalen Verkehr nicht zu schützen, welche entweder dem Völkerrechte oder den guten im internationalen Privatrechtsleben geltenden Sitten widersprechen". Solche Vorschläge für ein international gemeinsames Verkehrsrecht (nicht internationales Privatrecht in unserem Sinne) mögen sehr verdienstlich und beachtenswerth sein, mit dem ordre public international Brocher's haben sie jedenfalls nicht das Geringste zu thun.

gegenüber verzichten auf Anwendung der principii fondamentali del suo governo; diejenigen Normen, welche der Gesetzgeber reputa indispensabili per guarantire la sua esistenza e per promuovere la prosperità generale.

Brocher (Nouveau traité, p. 343, 349, Cours I p. 22 ff.): Die Rechtsregeln unseres Staates, qui lui apparaissent comme tellement impératifs qu'il doit en exiger l'observation absolue.

Fusinato (Questioni, p. 36, 51): Diejenigen Vorschriften, le quali evidentemente e principalmente servono a garantire nella società quell' ordinamento politico economico e morale che il legislatore ha reputato il più saggio; che la sovranità territoriale per elevate considerazioni politiche, economiche e morali ha creduto di dover consecrare.

Contuzzi (p. 58): Diejenigen Gesetze, che mirano direttamente e immediatamente a tutelare i principii, sui quali è basata l'organizzazione politica di una società civile, e quindi alla conservazione dello Stato come ente collettivo; . . . che hanno per fine diretto e precipuo l'interesse dei terzi e la conservazione delle istituzioni sociali.

Buzzati (L'autorità delle leggi straniere etc., p. 111): Die Gesetze, che interessano la società nel suo complesso. Die Formgesetze werden für leggi di ordine publico erklärt angesichts la loro stretta connessione co' principii etici, religiosi, economici, politici ecc. dominanti in uno Stato. In Temi Veneta l. c. p. 8 ff. billigt Buzzati durch und durch das Urtheil des Appellhofes Venedig vom 31. Dez. 1894, welches von den Gesetzen spricht, „che direttamente mirano alla tutela dell'ordinamento

dello Stato sotto il rapporto politico, economico e morale, e costituiscono quell' ampia parte del diritto che lo Stato ritienc indispensabile alla propria esistenza giuridica."

Weiß (Traité élémentaire, p. 516, 783 f. u. passim): Es handle sich um die intérêts vitaux de l'Etat; de repousser les lois qui contradisent les bases fondamentales sur lesquelles son organisation est assise.

Lainé (II p. 195, 280 ff. u. passim): Les dispositions de lois ou la pensée du législateur s'est portée vers le bien de la société tout entière en le plaçant au-dessus du bien de certains individus.

Despagnet (Précis, p. 128 No. 110, p. 481 No. 492; Clunet XVI p. 5 ff., 208, 214): L'ensemble des règles légales qui sont considérées comme touchant aux intérêts essentiels de ce pays. Sie sind die uneinnehmbare forteresse dans la législation de chaque pays, als condition de sa propre existence; comme étant indispensable à la bonne organisation de la société qu'elle régit. Der Gesetzgeber erläßt die Normen des ordre public interne pour sauvegarder les intérêts individuels de ses nationaux; die des o. p. international dagegen visent directement l'intérêt collectif de l'Etat.

Fedozzi (in Clunet XXIV p. 69ff.): Lois personnelles sind diejenigen, deren fin social betrifft den citoyen en tant qu'individu; lois territoriales diejenigen, welche concernent la société elle-même. Bei ersteren richtet sich der Gedanke des Gesetzgebers (sein „but social") nur indirekt auf die Gesammtheit, direkt dagegen auf das Individuum, considéré comme membre de la collectivité; bei letzteren hat das Gesetz pour objet l'avantage de la collectivité sociale tout entière.

Aehnlich wie die Vorstehenden äußern sich Catellani, I p. 118 ff. No. 103 ff., und die dort Genannten, besonders Pescatore. Auch Vavasseur in Clunet II p. 5 ff., 9 u. A. m.

Laurent spricht grundsätzlich nicht von lois d'ordre public, sondern von derjenigen Klasse von Gesetzen qui intéressent les droits de la société, sa conservation, son perfectionnement; abgekürzt: droits (droit) de la société, cf. I p. 634 ff. No. 428 ff., II p. 345 ff. No. 187 ff., p. 352 ff. No. 192 ff., p. 370 ff. No. 205, IV p. 505 ff. No. 274, p. 520 ff. No. 287, V p. 272 No. 131, VI p. 277 No. 154, VII p. 239 No. 178, VIII p. 155 ff. No. 98 ff. u. s. f.

Il ne suffit pas qu'une loi intéresse à un degré quelconque les bonnes moeurs pour qu'elle constitue un statut réel, il faut que l'intérêt de la moralité soit assez grand pour que l'existence, la conservation ou le perfectionnement de la société soient compromis par la loi étrangère (IV p. 538 No. 295).

Die Statusgesetze sind wohl d'ordre public, sie gehören aber nicht zum droit de la société (cf. I p. 33 No. 11, II p. 90 ff. No. 52, p. 260 No. 137, p. 352 ff. No. 192 ff., IV p. 520 ff. No. 287 ff.). C'est qu'il ne suffit point que l'intérêt général intervienne dans une loi pour que par cela seul elle forme un statut réel. Nöthig ist vielmehr qu'elles intéressent l'existence, la conservation, le perfectionnement de la société; c'est la société qui y figure comme partie principale: voilà pourquoi on les appelle les lois de droit public, parce que le public est en cause. Telles ne sont pas les lois qui règlent l'état des personnes; ce sont les individus qui y figurent comme parties princi-

pales (II p. 355 No. 193; cf. VI p. 277 No. 154 und VIII p. 196 No. 108; auch II p. 238 No. 126, V p. 106 No. 47, p. 134 No. 64, p. 246 No. 120 u. s. f.).

Mit Laurent stimmt im Wesentlichen Fiore überein. Es handelt sich um die Kategorie von Gesetzen che provvedono alla sicurezza delle persone e della proprietà, alla custodia del buon costume e quelle generalmente che provvedono all' organizzazione sociale; . . . alla tutela dei diritti degli interessi dello Stato (preso come un tutto) ed alla conservazione di esso (I No. 37 ff., 245 ff., II No. 818). Es sind die Gesetze, delle quali le imperiose necessità sociali reclamano il rispetto assoluto (I p. 39). Nicht tutte le leggi di ordinamento sociale gehören dazu. Das interesse generale muß non solamente in causa sein, sondern bensì essere reputato il fine diretto e principale di essa (scil. legge): I No. 250, 259.

Laghi macht von vornherein in vielversprechender Weise Front gegen die bisherigen Versuche, welche con un solo principio generalissimo, o peggio con una frase, con una formula, con una definizione die Frage entscheiden wollen. Er verlangt statt dessen eine analisi minuta di tutti gli elementi rinchiusi nel principio generale, und diese Analyse führt ihn demnächst dazu, fünf Klassen der leggi di ordine pubblico internazionale zu unterscheiden:

1) leggi di diritto pubblico in senso tecnico.
2) leggi penali, di polizia, di procedura penale.
3) leggi di diritto privato, ma risguardanti l'interesse generale dello Stato.
4) leggi tutrici dei buoni costumi.
5) leggi proibitive.

Die Eintheilung ist nicht sehr glücklich zu nennen. Die

Grenzen der dritten, vierten und fünften Klasse — auf welche Klassen es allein ankommt — fließen in einander. In Wahrheit umfaßt die dritte Klasse allein offenbar auch die beiden folgenden und wiederholt für sich selbst bloß das allgemeinste Prinzip des ordre public, lediglich unter Einschränkung desselben auf das Privatrecht.

Rücksichtlich der Hauptfrage, was Inhalt und Merkmale des ordre public international sind, hören wir von Laghi nicht viel Neues:

Es giebt zwei Klassen von Gesetzen, consecrando le une il diritto dello Stato, garantendo le altre quelle dell' individuo (p. 212).

Il criterio non è altro che la relazione di condizionalità che la stessa regola ha colla esistenza e collo sviluppo dello Stato (p. 185).

Molti istituti e fatti giuridici appartengono contemporaneamente al diritto pubblico e privato. Dipende quindi dalla prevalenza dell'uno o dell'altro elemento la decisione . . . . (p. 142).

Klar sei, daß der ordre public international, che s'impone come limite alle leggi straniere, debba fondarsi sopra motivi gravissimi, e debba quindi essere meno ampio dell'ordine pubblico interno (p. 160).

Zu untersuchen ist daher, se cotesta utilità o interesse pubblico . . . . sia di tale entità, sia così essenziale alla vita dello Stato da imporsi anche alle leggi straniere escludendole (p. 178). Es kommt auf tale grado di ordine pubblico an, che richieda l'assoluta imperiosità della legge territoriale (p. 176 ff., 183 ff., 185, 188). Hierzu wird besonders Filomusi Guelfi's Unterscheidung der varii gradi di ordine pubblico herangezogen.

Immer handelt es sich um Gesetze essenziali allo sviluppo e al perfezionamento dello Stato, welche darstellen eine condizione fondamentale alla conservazione e perfezionamento dello Stato u. Ae., cf. p. 190 ff., 201 ff., 207, 208, 209.

Hiermit aufs engste verwandt erscheint Pillet's Ordre public.

Der Gesetzgeber hat ein double objet. Er muß einerseits assurer la conservation de l'Etat; er ist andererseits gardien des intérêts des citoyens qui le composent.

Daher zwei Klassen von Gesetzen: solche dictées directement par l'intérêt public, und solche qui serviront les intérêts des particuliers.

Beide Klassen sind allerdings d'intérêt public; aber die einen sind nécessaires à l'Etat, die anderen höchstens avantageux, très-utiles (p. 2, 18, 40).

Die erste Klasse setzt sich also zusammen aus den Gesetzen ayant pour but la garantie des conditions soit matérielles soit morales, dont l'absence aurait pour effet de remettre en question l'existence même de l'Etat, qui présentent un caractère de nécessité sociale; bei denen es sich handelt um die intérêts vitaux des Staates; les dispositions légales, dont l'absence paraîtrait de nature à entrainer la dissolution de notre état social (p. 4, 22, 23); (objets) dont l'importance est telle, qu'ils doivent être réputés essentiels à la conservation de l'Etat (p. 18).

Pillet hat später seinen Standpunkt etwas modifizirt[1]).

1) Pillet, Le droit international privé, Essai d'un système général de solution des conflits de lois, Clunet XXI p. 417 ff., 711 ff.; XXII p. 241 ff., 500 ff., 929 ff.; XXIII p. 5 ff. Wir können diesen ausgebreiteten Versuch in keiner Hinsicht als gelungen betrachten. Wenn Pillet auf Grund sehr eingehender und abstrakter Erörterungen über die Natur der

Nicht zwar in dem Sinne — wie er selbst meint — daß seine Lehre nunmehr der herrschenden romanischen Schule gegenüber als etwas wesentlich Neues und Selbständiges gelten könnte. „Formule centrale“ seiner Doktrin bleibt: Die lois d'intérêt privé sind extraterritorial, die lois de garantie sociale sind territorial (p. 714 ff., 740 ff., 747 ff., 419 ff.). Auf die — ganz geringfügigen — Verschiedenheiten dieser Ausdrucksweise gegenüber der herrschenden kommt offenbar gar nichts an; und die von Pillet p. 745 ff. geltend gemachten materiellen Besonderheiten sind theils solche, die wir auch bei anderen Anhängern der Schule vorfinden, theils sind sie überhaupt illusorisch.

In einem Punkte aber bekommen wir hier über den Inhalt des ordre public etwas Neues zu hören, und zwar etwas sehr Merkwürdiges.

Man betrachtet es sonst allgemein als selbstverständlich, daß der ordre public international eine besonders qualifizirte Restriktion des ordre public interne darstelle. So ausdrücklich u. a. Despagnet in Clunet XVI p. 218, Laghi, p. 160 ff., Boissarie, p. 150 ff., Haager Konferenz, Actes II p. 52, auch schon Savigny, S. 34. Von Pillet hören wir hier zum ersten Mal das Entgegengesetzte. Die „lois de garantie sociale“ sind gegenüber den gewöhnlichen lois d'ordre public nicht der engere, sondern der weitere Begriff: „elles les débordent“. Für die lois d'ordre public im gewöhnlichen Sinne sei nämlich Vor-

Gesetze als solcher (p. 724 ff.) schließlich in der Prüfung des „but social de la loi“ den Stein der Weisen für das internationale Privatrecht entdeckt zu haben glaubt, so möchten wir bezweifeln, ob er mit dieser Entdeckung Vielen etwas Neues gesagt hat. Bei der Durchführung dieses sehr richtigen Grundsatzes im Einzelnen operirt außerdem Pillet nichts weniger als glücklich. Vergl. z. B. XXII p. 254 ff., 257 ff. Auf einige Punkte kommen wir gelegentlich zurück.

aussetzung „une certaine grandeur"; für die lois de garantie sociale aber nichts weiter, als daß sie erlassen sind dans l'intérêt direct de l'Etat, leur importance fût-elle des plus minimes. Pillet ist hier ein Grundfehler der ganzen Lehre vom ordre public dunkel ins Bewußtsein getreten. Indem er demselben zu begegnen sucht, verwickelt er sich in die schreiendsten Widersprüche. Denn diese unter Umständen so ganz unbedeutenden lois de garantie sociale sollen doch wieder sein und bleiben „l'ensemble des dispositions jugées par le législateur nécessaires à l'existence de l'Etat et au fonctionnement de ses diverses organes"; sie sind und bleiben jene Elite von Gesetzen „impérieusement exigées par l'intérêt de la société" (l. c. p. 743 ff.).

Bustamente kennt wie Laghi fünf Klassen des ordre public international:

1) Todo el derecho internácional privado selbst. Damit soll lediglich gesagt sein — was wir selbst wiederholt betont haben — daß jede Kollisionsnorm als solche absolut anzuwenden ist; also keine Rückverweisung und ähnliche Verirrungen (p. 153 ff.).

2) El derecho político. El administrativo. El penal. El procesal.

3) Leyes civiles e mercantiles de caracter esencialmente moral. Beispiel: die religiöse Eheform, gewisse Ehehindernisse, Ehescheidungsverbot, Spielverbot, actio Pauliana, Haftung wegen dolus und Verbot des Verzichts auf diese Haftung, die Publikationspflichten der Handelsgesellschaften 2c. (p. 207 ff.).

4) Leyes civiles y mercantiles de caracter esencialmente economico. Hierher rechnet Bustamente die im Interesse Dritter bestehenden Sätze des Immobiliarrechts, be-

sonders auch des Hypothekenrechts; ebenso die ähnlichen Normen des ehelichen Güterrechts, des Handels- und Verkehrsrechts (p. 235ff.).

5) Leyes civiles de caracter esencialmente politico ó jurídico. Beispiele: Rechtsverhältnisse der res extra commercium, Verbot des Dienstvertrags auf Lebenszeit, der Substitutionen und Fideikommisse, Vorschriften über die Verbindlichkeit der Gesetze, Präsumtionen, Deliktsobligationen.

Auch dieser Eintheilung dürfte man schwerlich theoretische Förderung verdanken, und sie sagt uns über Inhalt und Charakter des ordre public nicht viel Neues.

Im Uebrigen berühren sich die Anschauungen Bustamente's mit denen seiner Vorgänger:

Son leyes de orden público internácional todas las que tienen por objeto el Estado y forman su derecho, porque infringerlas ó dejar de aplicarlas equivale a lesionar la sobranía y a destruir sus fundamentos cardinales (p. 88). Es sind diejenigen Gesetze, deren Unterdrückung oder Veränderung zur Folge haben würde — nach Anschauung des Gesetzgebers — „che el Estado no puede subsistir“ (p. 89, 82, passim).

Zum Schluß sei ein Citat gegeben, welches nach Inhalt und Herkunft als eine authentische Zusammenfassung der herrschenden Meinung gelten kann. Es ist dem dritten Kommissionsbericht der zweiten Haager Konferenz entnommen (Actes, II p. 52): Au point de vue interne, l'ordre public comprend l'ensemble des dispositions légales, auxquelles il n'est pas permis aux citoyens de déroger par des conventions particulières. Dans cet ensemble se classent à part les dispositions que le législateur luimême ne pourrait modifier sans changer, ébranler ou détruire l'ordre social ou constitutionnel de

son pays: Ce sont ces dernières lois qui seules sont d'ordre public au point de vue international. Contre elles les lois étrangères ne peuvent jamais prévaloir. Celles-ci, au contraire, peuvent primer les autres, parce qu'on conçoit parfaitement que l'Etat territorial lui-même pourrait faire entrer ces dispositions, édictées en pays étranger, dans sa propre législation, sans bouleverser les principes sociaux ou constitutionnels qui lui servent d'assise et de fondement. Vergl. auch III. Kommissionsbericht, erste Konferenz, Actes I p. 74.

§ 12.

Man wird nicht verkennen, daß aus den gegebenen Belegen sich die weitgehendste Uebereinstimmung der Schule über Charakter und Inhalt des ordre public international entnehmen läßt.

Fast durchgängig herrschend erkennt man folgenden Gedanken:

Lois d'ordre public international sind diejenigen Gesetze, welche enger als alle anderen mit den Lebensinteressen der Gesellschaft verwachsen sind, welche die tiefsten Fundamente des Staates berühren; welche dem Gesetzgeber von solcher Wichtigkeit sind, daß er sie zu den nothwendigen Existenzbedingungen des Gemeinwesens rechnet; er würde glauben, den Staat zu gefährden, wenn er sie aufheben oder verändern sollte.

Hand in Hand mit diesem ersten und hauptsächlichsten Gedanken geht ein zweiter, nahe verwandt, aber durchaus nicht identisch mit demselben:

Lois d'ordre public international sind diejenigen Gesetze, welche unmittelbar das Interesse des Staates

und seiner Organe zum Gegenstand haben; die lois d'ordre privé dagegen berühren das Staatswohl immer nur mittelbar; ihr unmittelbarer Gegenstand sind die Individuen.

Bei dem ersten Gedanken ist das principium divisionis ein graduelles, lediglich quantitatives; bei dem zweiten ein objektives und qualitatives. Dort unterscheidet man die beiden Kategorien von Gesetzen nach ihrer Wichtigkeit, ihrer Bedeutung; hier nach ihrem Gegenstand, ihrem Ziel.

Betrachten wir zunächst die zweite Idee, welche die Gesetze nach ihrem Gegenstand unterscheidet [1]). Man hat den Kern dieser Theorie in Deutschland wiederholt erörtert, im Anschluß an Savigny's Lehre von den Prohibitivgesetzen, die auf Gründen des öffentlichen Wohls beruhen, so daß sie „erlassen werden nicht lediglich um der Personen willen" (Savigny, S. 35 ff.). Einmüthig wird aber dieser Gedanke Savigny's als unhaltbar zurückgewiesen. Man hat dagegen geltend gemacht, daß einerseits alle Gesetze um der Personen willen da sind, und daß andererseits kaum irgend welche Gesetze nicht auf Gründen des öffentlichen Wohls beruhen [2]). Unseres Erachtens ist der ganze Gegensatz überhaupt schief. Will man hervorheben, daß der Gesetzgeber in gewissen Fällen besonders die Personen, oder vielmehr einzelne Personen im Auge hat, so könnte man im Gegensatz dazu

---

1) Vergl. schon Joh. Voet, De statutis, No. 18 (Comm. ad. Pand. I L. 1 t. 4 p. 2): Distinguendum puto inter ea, quae publicam respiciunt utilitatem ... et alia quae primario privatorum ius, commodum ac favorem concernunt. Voet theilt aber die zweite Klasse in zwei Unterabtheilungen, je nachdem sie prohibitoria oder simpliciter disponentia sind, und bringt bei diesen prohibitoria (der Individualgesetze) auch die verbietenden Normen des Sachenrechts unter.

2) Vergl. Bar, Bd. 1 S. 90; Mommsen, S. 198 ff.; Gebhard's Motive, S. 151 ff.; Niemeyer, Vorschläge, S. 65 ff.; s. auch Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 65, 74, 88.

wohl sagen, daß er in anderen Fällen sein Augenmerk auf eine unbestimmte Mehrzahl von Personen, oder auf Körperschaften, auf Anstalten, auf Güter, sei es einzelne Vermögensgegenstände, sei es Vermögenskomplexe gerichtet hat; und man würde bei richtiger Durchführung dieses Gedankens in der That zu fruchtbaren Ergebnissen für das internationale Privatrecht gelangen. Man kann aber nicht sagen, Gegenstand seiner Fürsorge seien dort Personen, und hier die öffentliche Ordnung, denn der zweite Theil dieser Antithese wäre eine aberratio ictus von dem Substrat auf das Ziel.

Allein acceptiren wir einmal das Prinzip ohne alle Kritik und lassen wir es arbeiten; würde es jemals die Produkte liefern, die man von ihm erwartet? Schwerlich. Ein Rechtssatz, welcher gegen den leichtfertigen Spieler oder gegen den Bewucherten keine Klage zuläßt, hat doch wohl ganz in der gleichen Art den Schutz der Individuen im Auge, wie die Normen über die Handlungsunfähigkeit der Minderjährigen. Von dem Gesetz, welches die Geschwisterehe verbietet, kann man doch überhaupt nicht sagen, daß es einen anderen Gegenstand oder ein anderes Ziel habe, als dasjenige, welches die Cousinenehe verbietet oder erlaubt. Und doch handelt es sich in solchen Fällen nach allgemein anerkannter Meinung das eine Mal um lois d'ordre public international (sogar auch um „Prohibitivgesetze" im Sinn der deutschen Theorie), das andere Mal nur um lois d'ordre public interne oder d'ordre privé.

Die Unterscheidung der Gesetze nach ihrem Gegenstand ist also zur Kennzeichnung des ordre public international theoretisch wie praktisch unbrauchbar. In der That wird sie auch, wie die Zusammenstellung des vorigen Paragr. ergiebt, nur mehr in nebensächlicher und zum Theil in ganz widerspruchsvoller Weise (Pillet) herangezogen. Der hauptsäch-

lichste und herrschende Gedanke, der bei allen (Pillet's neueste Wendung ausgenommen) an erster Stelle und bei den Meisten sogar ausschließlich hervorgekehrt wird, ist die Unterscheidung der Gesetze nach ihrer Bedeutung, nach dem Grade ihrer Wichtigkeit für das Gemeinwesen: lois d'ordre public international sind diejenigen Gesetze, welche die nothwendigen Existenzbedingungen der Gesellschaft darstellen.

Man kann gegen diesen Gedanken als solchen aus logischen und prinzipiellen Gesichtspunkten nichts einwenden. Es wäre ungerecht, ihm Vagheit und Unbestimmtheit zum Vorwurf zu machen. Gewiß, die Definition hat nicht die Bestimmtheit eines mathematischen Lehrsatzes. Was zu den Existenzbedingungen der Gesellschaft gehört, bleibt eine offene Frage, welche dem vernünftigen Ermessen einen recht weiten Spielraum läßt, und deren Beantwortung nach den wechselnden Kulturideen ganz verschieden ausfallen kann. Aber diese Anpassungsfähigkeit an Ort und Zeit wäre nicht nur kein Fehler für ein juristisches Prinzip, sondern umgekehrt ein sehr zu schätzender Vorzug, wie man mit Recht bemerkt hat [1]). Elastizität ist nicht Unklarheit [2]).

Allein in seiner praktischen Durchführung ist dieser Gedanke ebenso unbrauchbar wie der vorbesprochene. Er ist gänzlich unvermögend, gerade diejenigen Konsequenzen zu stützen, zu welchen man gelangen will und muß, gänzlich unvermögend, dem ordre public international gerade dasjenige zuzuweisen, was man für denselben in Anspruch nimmt.

---

1) Vergl. z. B. Buzzati, Temi Veneta, l. c. 4; Pillet, Ordre public, p. 56.

2) Doktrinär und unzutreffend ist es deshalb, wenn Aubry l. c. p. 468 Note 1 die Möglichkeit einer Unterscheidung innerhalb des ordre public leugnen will: „En voulant lui enlever une partie de son contenue, on fait violence aux habitudes du langage et on méconnait . . . l'unité qui règne dans l'oeuvre de la contrainte législative.“ Das ist Phrase.

Was wir oben (S. 32 ff.) für die Prohibitivgesetze im Kleinen dargethan haben, tritt auf dem vergrößerten Felde des ordre public noch viel deutlicher hervor: die große Masse der sogen. „lois d'ordre public international" zeichnet sich gar nicht durch eine ganz ungewöhnlich hohe Bedeutung für das Staatsleben aus, geschweige daß sie als die wesentlichen und einzigen Existenzbedingungen desselben zu betrachten wären. Dies läßt sich schlagend überall nachweisen, sobald man aus den Höhen der allgemeinen Prinzipien irgendwo in die breiten Niederungen der Detailuntersuchungen herabsteigt, geführt von der romanischen Theorie.

Wir greifen als Beispiel das Immobiliarsachenrecht heraus, das Muster des „ökonomischen" ordre public international [1]). Man betrachte sich die Gründe, welche die Theorie hier zur Motivirung des ordre public international im Einzelnen giebt, und man halte sich gegenwärtig, daß es sich dabei — im Gegensatz zu den Statusgesetzen! — um einen ordre public höherer und höchster Art handeln soll, um die eigentlichen und tiefsten Fundamente des Staatslebens.

D'ordre public international sind z. B.:

Die Bestimmungen über die immeubles par destination, denn — es handelt sich um das Wohl des Ackerbaues, der Industrie, der Fabriken [2]).

Die Besitzklagen, die Regeln der Occupation,

1) Vergl. u. a.: Esperson, l. c. p. 88 ff., 95 ff.; Fiore, I No. 90, II No. 769 ff., 822, 856, 869 ff. &c.; Laurent, VII p. 201 ff. No. 146 ff., p. 306 ff. No. 245 ff., p. 423 No. 356 etc.; Weiss (Traité élémentaire), p. 519, 754, 769 ff.; Durand, p. 405 ff. No. 195; Despagnet, p. 526 f. No. 545; Carle, l. c. p. 16 f., 34; Laghi, p. 187; Diena (Diritti reali), p. 48 ff., 111 ff.; Lomonaco, Leggi personali e leggi territoriali, Il Filangieri 1885, p. 156 ff.; Humblet in Clunet X p. 462 ff.

2) Esperson, p. 95 ff.; Fiore, II No. 769 ff.; Laurent, VII p. 201 ff., No. 146 ff.; Weiss, p. 764.

denn — sie sollen Gewaltthätigkeiten und Unordnungen verhüten („mirano ad evitare disordini e turbamenti sociali“) [1]).

Die Vorschriften über den Früchteersatz dem gutgläubigen Besitzer gegenüber, denn — die bona fides ist ein nothwendiges Element der Gesellschaftsordnung [2]).

Die Vorschriften über Usukapion, Accession, alluvio, die insula in flumine nata, denn — sie sollen Stetigkeit des Eigenthums sichern, den öffentlichen Frieden erhalten; „mirano a conciliare l'interesse degli uni con quello degli altri perciò uno scopo d'ordine sociale“; das öffentliche Wohl ist „strettamente collegato coll' adequata distribuzione delle richezze“ [3]). (Auf welchen Rechtssatz der Welt treffen solche Gründe nicht zu!)

Die Sätze des Nachbarrechts: denn es kommen meistens Rücksichten der Hygiene und der Landwirthschaft in Frage [4]); die gesetzlichen Servituten der Aussicht- und Licht-Fenster, denn — es handelt sich um ein „intérêt de bon voisinage“, folglich „la civilisation est en cause“ (Laurent, VII p. 398 ff. No. 329 ff.); das Recht, den Nachbar zur Einhegung der Grundstücke heranzuziehen, denn — es sollen verhindert werden „des contestations, des disputes, des discussions“ (Laurent, VII p. 380 No. 306); das Recht der clôture forcée, denn es hat „ce grand

1) Esperson, p. 98 ff., Diena, p. 111 ff., 128 ff.; Pillet, Ordre public, p. 74.

2) Diena, p. 115; cf. Weiss, p. 766; Laurent, VII p. 270 No. 214; Catellani, III p. 479 ff. No. 637 ff.

3) Diena, p. 132 ff.; cf. Laurent, VII p. 358 ff. No. 288, VIII p. 321 ff. No. 224 ff., 232 ff.; Despagnet, p. 595 ff. No. 619 ff.; Durand, p. 408 ff. No. 197; Weiss, p. 766, 775; Catellani, III p. 486 ff. No. 640 ff.; Pillet, p. 75.

4) Esperson, p. 96 ff.; Fiore, II No. 327, 363 ff.; Laurent, VII p. 338 ff. No. 266 ff., p. 378 ff. No. 305 ff.; Weiss, p. 768; Despagnet, p. 522 No. 542.

avantage de délimiter les héritages et de prévenir les usurpations des voisins et leur contestations, ce qui est aussi un intérêt général" (!); auch die genaue gesetzliche Normirung der Höhe der Mauer, denn — es sollen Diebstähle verhütet werden (Laurent, VII No. 324); ja sogar der art. 661 C. c., welcher dem Nachbar das Recht giebt, das Miteigenthum an der Grenzmauer gegen Erstattung der Hälfte der Herstellungskosten zu erwerben; denn — wenn ich, der Nachbar, eine zweite Mauer zu errichten hätte, so wäre das „une perte pour moi, et toute perte que font les particuliers est une perte de richesse pour la société. Donc, l'acquisition de mitoyennité ... est d'ordre public" ... und deshalb „statut réel" (eod.).

Laurent insbesondere ist eine wahre Fundgrube für solche geradezu ergötzliche Begründungen jenes besonderen ordre public international, der einerseits von so fundamentaler Bedeutung für den Staat ist, daß jede geringste Modifikation desselben die Existenz der Gesellschaft in Frage stellen würde, und der andererseits gelegentlich nur den einzigen Zweck zu haben braucht, meinem Nachbar die Kosten für die Errichtung einer halben Gartenmauer zu ersparen.

So ist z. B. das Retentionsrecht für die versio in rem d'ordre public (international), weil — „conserver les biens, c'est concourir à l'accroissement de la richesse publique"; das Privileg des Verkäufers deshalb, weil — „favoriser le commerce c' est favoriser le travail, base de la richesse nationale"; das Vorzugsrecht des Gastwirths an den Reiseeffekten deshalb, weil — die Beförderung des Reisens im allgemeinen Interesse liegt: „en se mêlant les nations apprendront à se connaître, les peuples imiteront ce qu'ils trouveront de bien chez les étrangers" etc. (eod. No. 196.)

Daß im Hypothekenrecht die Grundsätze der Spezialität und Publizität der intimsten öffentlichen Ord-

nung angehören, ist leicht begreiflich zu machen; wie aber, wenn ein Staat auf diese Garantien verzichtet hat? Wie es motiviren, daß dann ein statut réel ganz in der gleichen Ausdehnung vorliegt? Das ist allerdings nicht ganz einfach, und selbst Laurent bemerkt stutzend: „Voilà un conflit assez étrange“. Aber es ist doch klar, daß der belgische Minderjährige gegenüber dem belgischen Vormund an dessen in Frankreich belegenen Grundstücken (entsprechend dem Code civil français) eine uneingetragene und generelle Hypothek hat, obschon das beiden Personen gemeinsame belgische Personalstatut Spezialität und Publizität auch für das Pfandrecht der Minderjährigen vorschreibt. Also? Also ist in Frankreich „la clandestinité des hypothèqes légales d'ordre public et, partant, de statut réel“ (l. c. No. 417). — Eine völlig gleichartige Gedankenfolge s. Laurent, VIII p. 172 ff. No. 113.

Aehnlich überzeugende Begründungen des ordre public international sind Legion. Man vergl. z. B. noch: Laurent, VI p. 648 ff. No. 388 ff., VII p. 241 ff. No. 180 ff., bes. No. 185, 186, 187, 188, 190, 195, 199, 200; p. 416 No. 347, p. 479 No. 404, p. 505 No. 422, p. 510 No. 425; Weiß, l. c. p. 778 ff., 789 ff., 850; Diena, p. 309 ff. 2c. —

Und dem gegenüber muthet man uns zu, das Personen- und Familien-Recht grundsätzlich als einen ordre public zweiten Ranges zu betrachten! Die Fragen, ob die Bienenkörbe dem Pächter oder dem Grundeigenthümer gehören, ob von dem entdeckten Schatz die Hälfte dem Finder anheimfalle, ob der Nachbar die Grenzmauer für Geld gemeinschaftlich machen kann, das sind Dinge von so fundamentaler Bedeutung, solche Lebens- und Existenzfragen des Gemeinwesens, daß ihnen gegenüber Volljährigkeit, väterliche Gewalt, Fähigkeit zur Eheschließung und Aehnl. als verschwindende und die öffentliche

Ordnung nur ganz indirekt und von weitem berührende Verhältnisse in den Hintergrund treten! Und doch meinte schon der Präsident Bouhier, eben die letztgenannten Dinge seien es, welche vor allem auf einer „cause publique ou politique" beruhten, und welche deshalb internationalrechtlich besondere Begünstigung verdienten (Bouhier, l. c. XXI No. 63 ff., und doch meint Wharton (§§ 112, 161 ff.), gerade z. B. die Ehefähigkeit sei eine „matter of distinctive national policy . . . and nothing so closely concerns public order and good morals as the conditions of the marriage tie"; und doch meint ein ganz moderner und von keiner Doktrin des internationalen Privatrechts angekränkelter Zeuge [1]), die Entscheidung des Gesetzgebers, ob väterliche Gewalt oder Vormundschaft, sei ein Punkt, der „die soziale Frage betreffe und zwar in sehr tiefgehender Weise"; „man rüttle damit an den Grundlagen des Staates". Und es scheint uns, daß die letztgenannten Auffassungen des Staatswohls und der öffentlichen Ordnung sehr viel mehr für sich haben, als diejenigen der romanischen Doktrin.

§ 13.

So kommt man in dem Labyrinth des ordre public international immer wieder auf den ersten Ausgangspunkt zurück: auch die Personalgesetze sind d'ordre public, und sie stehen in keiner Beziehung den „territorialen" nach; weder an Wichtigkeit noch an Unmittelbarkeit des öffentlichen Interesses, welches ihnen so gut wie jenen und so schlecht wie jenen innewohnen kann.

Es gewährt ein eigenartiges Interesse, zu verfolgen, in welcher Weise die romanische Schule selbst sich diesem ersten und immer wiederkehrenden Einwand zu entziehen sucht.

---

1) Rintelen, in den Reichstagsverhandlungen über das bürgerliche Gesetzbuch (1. Berathung im Plenum), stenogr. Bericht, 714 A ff.

Eine und dieselbe stereotype Antwort ist es, die wir von allen Seiten zu hören bekommen, sobald ein Ausweichen nicht mehr möglich scheint; eine und dieselbe Antwort, welche, mehr oder weniger klar und deutlich, aber inhaltlich immer die nämliche, uns so unendlich häufig entgegentritt, daß man mit Citaten Bände füllen könnte. Sie lautet:

„Mag sein, daß auch gewisse Personalgesetze öffentlicher Ordnung sind; aber die öffentliche Ordnung verlangt nicht, daß sie auch auf Ausländer angewandt werden[1]).

Das Sophisma springt in die Augen.

Man hat als oberstes Prinzip aufgestellt[2]): que toutes les lois sont personnelles, quand elles concernent les intérêts particuliers; et que les seules lois réelles sont celles qui concernent l'intérêt de la société. Man hat, in voller Uebereinstimmung mit diesem Prinzip, in der Regel nach nichts weiter gefragt, als ob die Existenz, der Inhalt eines Gesetzes, dessen Sachnorm, mit den öffentlichen Interessen in intensiver Verbindung steht. Sobald man diese Frage bejaht hatte — und mit welchen Argumenten oft

---

1) Als beiläufig herausgegriffene Belege seien genannt: Esperson, p. 32 ff., 56, 57 Anm. 79; Laurent, II p. 238 No. 126, p. 345 No. 187 ff., V p. 106 No 47, p. 110 No. 49, p 134 ff. No. 64, p. 246 No. 120, p. 352 ff. No. 192 f., p. 286 ff. No. 125 ff., p. 558 No. 268 ff.; VI p. 63 No. 32, p. 277 ff. No. 154 ff. etc.; Fiore, I No. 106; II No. 514 ff., 598 ff., 615, 714 und in Clunet XIV p. 54; Weiss, l. c. p. 672; Pillet, Ordre public, p. 4 ff., 47, 71 ff.; Bustamente, p. 86, 96 ff.; Durand, p. 389 No. 189; Laghi, p. 160, 185, 208 f.; Buzzati in Temi Veneta l. c. und Leggi straniere, p. 120; Humblet in Clunet X p. 462 ff., 464; Duguit, eod. XII p. 362 ff.; Beauchet, eod. XIX p. 367 f.; Diena, eod. XXI p. 260 f., XXIII p. 791; Levillain, eod. XXIII p. 753 ff.; Fedozzi, eod. XXIV p. 77 ff.

2) Vergl. Laurent, II p. 260 No 137, p. 348 No. 190, p. 370 No. 205; V p. 176 ff. No. 82, p. 289 No. 136; VI p. 197 No. 111, p. 278 f. No. 154, p. 551 No. 325; VIII p. 160 No. 102 u. passim. S. im Uebrigen die Citate oben in § 11

bejaht hatte! — stand ohne weiteres fest, daß eine „loi réelle", eine „loi d'ordre public international" vorlag. Nun soll plötzlich der Nachweis dieser Voraussetzung allein nicht mehr genügen. Es wird verlangt, daß nicht nur der Inhalt des Gesetzes öffentlicher Ordnung sei, sondern auch dessen Anwendung auf Ausländer. M. a. W.: man bestreitet den Statusgesetzen den Charakter von Gesetzen öffentlicher Ordnung vom internationalen Gesichtspunkt deshalb, weil die öffentliche Ordnung nicht gebietet, daß sie auch beim Nichtvorliegen der für sie natürlichen und maßgebenden Anknüpfung (Staatsangehörigkeit der Personen) zur Anwendung kommen. Und man merkt nicht, daß dieses neu eingeschaltete Erforderniß gleichbedeutend ist mit einer probatio diabolica, welcher kein einziges Gesetz, sei es auch noch so eng mit der öffentlichen Ordnung verknüpft, Genüge leisten könnte [1]); merkt nicht, daß mit dem gleichen Rechte zu sagen wäre: die öffentliche Ordnung verlangt nicht Anwendung unseres Hypothekenrechtes auf ausländische Güter, verlangt nicht Anwendung unseres Deliktrechtes auf im Auslande begangene Delikte; folglich ist weder unser Hypothekenrecht, noch unser Deliktsrecht d'ordre public (international).

Theilweise originell ist hier Pillet (Ordre public, p. 30 ff.). Nach ihm existirt kein besonderer Begriff des ordre public für das internationale Privatrecht, sondern es giebt nur „une seule espèce d'ordre public toujours identique". Und die Statusgesetze? Sie sind einfach „à aucun point de vue d'ordre public". Diese Behauptung ist so verblüffend, daß Pillet selbst sich nicht enthalten kann, beizufügen, das scheine paradox. Aber es

1) Vergl. oben S. 13 ff., 24 ff., 28, 35.

„scheint" nur so. Denn „ce qui est d'ordre public, c'est que l'incapable soit l'objet d'une protection réelle; alles andere — z. B. ob Tutel oder Kuratel, ob Gerichtskontrole oder conseil de famille, wie weit im Einzelnen die Verwaltungsbefugniß geht — „cela n'est d'aucune importance au point de vue de l'ordre public." Deshalb würde man fremdes Recht — als dem ordre public widerstreitend — auch auf diesem Gebiete ablehnen müssen, wenn durch dasselbe eine „protection purement apparente et illusive" eingerichtet wäre. Ist es aber eine „protection réelle", so kann es uns auf die Verschiedenheiten des Systems und der Einzelheiten weiter nicht ankommen, „l'ordre public n'y perdra et n'y gagnera rien. Si donc l'existence d'une protection intéresse l'ordre public, l'organisation de cette protection concerne bien les intérêts particuliers de la personne protégée"[1]).

Wiederum dämmert hier bei Pillet eine richtige Erkenntniß dunkel herein, die wir erst später genauer verfolgen können. In dem Zusammenhang, in welchem er hier verwendet ist, und zum Beweise dessen, was er hier beweisen soll, ist der Gedanke aber durch und durch trügerisch und verkehrt. Es ist und bleibt parador, zu sagen, die Art und Weise, wie der Schutz der Minderjährigen organisirt sei (vorausgesetzt nur, daß überhaupt ein solcher Schutz bestehe), interessire in keiner Weise die öffentliche Ordnung[2]).

---

1) Genau ebenso argumentirt Pillet in Clunet XXI p. 752 f. bezüglich des Erbrechts. Der Staat ist allerdings daran interessirt, wie überhaupt „à une bonne distribution des biens". Aber das Interesse ist nur ein mittelbares. Denn „il est complètement indifférent à l'Etat (!), que telle ou telle autre personne succède."

2) Man vergl. im Gegensatz dazu Wharton §§ 112 ff., welcher meint „that the period at which a state fixes the majority of its subjects

Wäre dies zutreffend, so würde es der Gesetzgeber ja einfach der Parteidisposition überlassen können, ob man dieses oder jenes System adoptiren wolle; Pillet's Entgegnung, daß dann das Gesetz „manquerait son effet“ (p. 33), ist keine Entgegnung, sondern ein Zugeständniß. In Wahrheit ist offenbar das allgemeine Prinzip des Gesetzgebers („existence d'une protection réelle“) nur ein Skelet, zu welchem die Einzelregeln („organisation de cette protection“) als Fleisch und Blut hinzutreten. Sie sind ja nichts als der Ausdruck dessen, was der Gesetzgeber unter jenem Prinzip versteht, nicht ablösbare Beigaben dazu, sondern eben dessen Durchführung selbst. Wenn Pillet übrigens seinen Gedanken konsequent verfolgt hätte, so würde er erkannt haben, daß dasjenige, worin er eine Besonderheit der „Personalgesetze“ findet, genau ebenso bei den „Territorialgesetzen“ existirt. Man nehme z. B. die Prinzipien der Spezialität und Publizität im Hypothekenrecht. Nach Pillet wäre zu sagen: Der Grundsatz, daß ein Hypothekensystem bestehe, welches die Rechte Dritter genügend garantirt, ist allerdings d'ordre public; die Frage aber, wie dieser Schutz organisirt wird, ist ohne Bedeutung; es kann uns völlig einerlei sein, ob das eine oder das andere System zur Anwendung kommt, vorausgesetzt, daß man nicht gerade eine protection purement apparente et illusive einführen wollte. Also — so wäre weiter nach Analogie der Personalgesetze zu folgern — können die Fremden jedes beliebige ausländische Hypothekensystem, wenn es nur nicht ganz unvernünftig ist, mit sich bringen und auf die bei uns ge-

---

is determined largely by national policy.“ Wharton begründet eben damit die amerikanische Regel, daß die Volljährigkeit sich nach lex loci actus bestimme, also — wie die Romanen sagen würden — territorial sei. S. auch oben S. 68, spez. die dort angeführte Aeußerung Rintelen's.

legenen, ihnen eigenthümlich zustehenden Güter übertragen — „l'ordre public n'y perdra et n'y gagnera rien."

Ja, würde Pillet sagen, in diesem Falle liegt die Sache ganz anders. Was hier den „ordre public" interessirt, ist nicht „l'existence et l'application d'une loi quelconque sur la matière, c'est l'existence et l'application de la loi française." Ganz gewiß. Aber mit dem „ordre public" und der Frage nach dem mehr oder weniger starken Gehalt der Sachnorm an solchem sozialen Oel hat diese Antwort nicht mehr das Geringste zu thun.

Hier tritt der Grundirrthum der ganzen Lehre deutlich ans Tageslicht, und es zeigt sich, daß dieser Irrthum völlig identisch ist mit dem oben bei der Lehre von den Prohibitivgesetzen erkannten:

Es gilt als Axiom, daß diejenigen Gesetze, welche „territoriale" Anwendung fordern, solche seien und nur solche, denen eine höhere soziale Bedeutung innewohnt.

Das Axiom ist falsch, weil es allein auf den Inhalt des Gesetzes sieht — die Sachnorm — ohne die Anknüpfung zu prüfen. Ist die Anknüpfung wenig intensiv und für das betreffende Rechtsverhältniß relativ unwichtig, so können Gesetze, die von der fundamentalsten Bedeutung für das ganze Staatsleben sind, gleichwohl auf ihre Anwendung verzichten. Ist umgekehrt die Anknüpfung von großer Intensität oder von spezieller Bedeutung für ein so geartetes Rechtsverhältniß, so wird ein Gesetz von vielleicht ganz geringfügiger Wichtigkeit doch niemals einer ausländischen Norm den Vortritt lassen.

§ 14.

Es ergiebt sich übrigens aus dem im vorstehenden Paragr. erörterten stereotypen Sophisma der romanischen Schule noch ein Weiteres: Mit dessen Aufstellung schon hat man den Gedanken des „ordre public international" von selbst aufgegeben. Sobald man nämlich davon redet, der „ordre public" verlange, verlange nicht, daß unser Recht zur Anwendung komme, so denkt man offenbar (wie hoch man auch die Worte schrauben möge: s. z. B. Laghi, p. 185, 160, Pillet, Ordre public, p. 2 f.) nicht mehr an jenen besonderen ordre public, den Inbegriff der Existenzbedingungen unseres Staats; man denkt nicht mehr an eine höhere, eine auserlesene „öffentliche Ordnung", an den „ordre public" in irgend einem technischen Sinne; sondern man denkt ganz einfach an die „öffentliche Ordnung" in der allerweitesten, allergewöhnlichsten, alltäglichsten Bedeutung. Man sagt, der „ordre public" verlangt es, weil man diesen zu Tode gehetzten Begriff nicht los werden kann und nicht los werden will; man meint aber weiter nichts als: die Rechtsordnung verlangt es, der Gesetzgeber verlangt es[1]). Einen besonders deutlichen Beleg hierfür bilden die Ausführungen Brocher's, Cours I p. 22 ff. No. 11[2]). Brocher meint, die gewöhnliche Fassung

---

1) Manche Erörterungen der romanischen Schule kann man überhaupt nur vermittelst solcher Amputationen und Transformationen des eigensinnig festgehaltenen Wortes „ordre public" verständlich machen. So z. B. die unfruchtbaren Spitzfindigkeiten Rolin's in Revue de droit international, XXVI p. 441 ff. — Aehnlich selbst die Ausführungen Jitta's p. 267 ff.

2) Als weitere besonders charakteristische Stellen seien genannt: Laghi, p. 184 f.; Fiore, I No. 471; Despagnet in Clunet XVI p. 215; Beauchet, eod. XIX p. 364 f. — Höchst bezeichnend ist es auch, wenn auf der Haager Konferenz (Sitzung vom 21. IX. 93, Actes I p. 37 f.)

der Regel vom ordre public sei zu eng. „Ce n'est pas seulement comme motif de restreindre l'application des règles ordinaires que l'ordre public agit dans notre doctrine, il la domine dès la base jusqu'au sommet; il la marque tout entière de son empreinte. C'est par des considérations d'ordre public, appuyées sur des puissantes nécessités sociales, que l'état et la capacité des personnes doivent, en principe, rester soumis en tout pays à la loi du domicile ou à celle de la patrie“ etc. Kurz, jede Kollisionsnorm irgend welcher Art beruht auf dem ordre public. „Il doit être consulté soit pour consacrer soit pour limiter les règles de droit international privé“. Es liegt auf der Hand, daß der ordre public, in diesem Sinne verstanden, nicht nur das internationale Privatrecht, sondern jeden Zweig der gesammten Gesetzgebung und Rechtswissenschaft durch und durch erfüllt und beherrscht. Denn dieser ordre public ist nichts anderes als das oberste Prinzip allen Rechts und aller Rechtsentwicklung, der „Zweck im Recht“, die „Rechtsidee“, oder wie man es nennen möge.

So ist man auf dem Wege, welcher dahin führen sollte, den Inhalt des ordre public zu präzisiren, schließlich dazu gelangt, den Begriff derart abzublassen, daß es einer Elimination desselben gleichkommt. Was davon übrig geblieben ist, läßt sich — gerade wie wir es bei der Prohibitivlehre gesehen haben (oben S. 21 ff.) — in den einfachen Satz zusammenfassen: fremdes Recht ist anzuwenden, wenn diese Anwendung dem Sinn und Geist unserer Rechtsordnung entspricht; nicht

---

Beeckman sich gegen eine allgemeine ordre-public-Klausel ausspricht, weil das Ziel der Konferenz sein müsse „d'arriver à l'unification progressive des divers ordres publics“!

anzuwenden, wenn es dem Sinn und Geist unserer Rechtsordnung widerstreitet. Diese Regel ist allerdings für uns „Nationalisten" etwas Selbstverständliches und Ueberflüssiges. Von Seiten der „Internationalisten" jedoch — und das sind ja die Anhänger der romanischen Schule grundsätzlich — enthält die Regel zum mindesten ein sehr werthvolles Zugeständniß. Der „territoriale Erdgoût", welcher für Meili die Kost des „ordre public" so unverdaulich macht, ist gerade dasjenige, was uns allein daran schmackhaft und zuträglich erscheint. Der ordre public funktionirt als das nationale „Sicherheitsventil" der internationalen Schule. Pillet erklärt z. B.: „L'état n'est pas seulement le gardien de l'ordre public, il en est le suprème arbitre, en ce sens que c'est le législateur qui, dans chaque pays, décide ce qui doit être dans sa législation reputée d'ordre public" [1]). Und Laurent (II p. 173 No. 91): „L'intérêt social dépend de l'organisation politique et civil de chaque Etat ... chacune [nation] est maîtresse souveraine de régler ses intérêts comme elle l'entend". Wenn es sich um den ordre public handelt, verliert selbst der Name Wächter's seine Schrecken: „Comment savoir si un droit est d'ordre social ou d'ordre privé? ... Les Etats sont souverains, chacun s'organise à sa façon ... le droit social varie donc d'un Etat à l'autre .. Ici il faut appliquer la théorie de Waechter ..." (Laurent, II p. 348 ff. No. 190, p. 374 f. No. 207, VIII p. 157 No. 100). Mehr könnte man von keinem „Nationalisten" verlangen.

---

1) Pillet, Ordre public, p. 55, vergl. 39 ff., 58 ff., 68; ähnlich: Fiore, I p. 65 ff. No. 39; Weiss (Traité élémentaire), p. 519; Durand, p. 243 No. 121; Despagnet in Clunet XVI p. 215; Buzzati in Temi Veneta, l. c. p. 10 f.; Fusinato, Questioni, p. 36.

II. Die Wirkung des ordre public.
(Territoriale und extraterritoriale Gesetze.)

§ 15.

Die lois d'ordre public sind territorial. So lautet das Axiom. Es setzt nothwendig die klare Beantwortung zweier Fragen voraus: 1) Welche Gesetze sind d'ordre public? 2) Was bedeutet die Feststellung: sie sind territorial?

Mit der ersten Frage haben wir uns im vorigen Abschnitt beschäftigt. Es erübrigt die zweite.

Die Vorstellung von „territorialen" („strikt territorialen") Gesetzen, im Gegensatz zu „extraterritorialen", ist durchaus nichts der romanischen Lehre Eigenthümliches. Ueberall hören wir von diesen Dingen reden[1]), allerdings überall ohne rechte Klarheit.

Historisch haben diese Begriffe[2]) in der collisio statutorum ein alterworbenes Bürgerrecht.

Schon Bartolus legt seinen Erörterungen die beiden Fragen zu Grunde: primo, utrum statutum porrigatur extra territorium ad non subditos? secundo utrum effectus statuti porrigatur extra territorium statuentium? Aehnlich Baldus, No. 58[3]). Bei Ar-

1) Vergl. u. A.: Bar, Bd. 1 S. 376 ff., 412, 457 ꝛc.; Niemeyer, Positives internationales Privatr., S. 6; Jettel, S. 23, 28, 34 ꝛc.; Gierke, Deutsches Privatr. a. a. O.; Dicey, Gen. Princ. II A, XVIII, Rule 144 und pass.; Wharton, §§ 84, 104 b, 109, 251, 254, 257, 264, 270, 573, 580; Thorndike in Story p. 224; Commonwealth v. Lane, 113 Mass., p. 458 ff., bes. p. 471 u. v. a.

2) Nicht auch der moderne Begriff des ordre public, den man gar zu gerne schon bei den alten Statutariern entdecken möchte; z. B.: Despagnet in Clunet XVI p. 9 ff.; Lainé, I p. 147 f., 266 f.; II p. 196 u. A. Dagegen treffend Pillet, Ordre public, p. 7 ff.

3) Siehe die Abhandlungen des Bartolus und Baldus zusammengestellt von Meili in Böhm, IV p. 258 ff., 340 ff., 446 ff.

gentraeus [1]) — dem wir auch die berüchtigte etymologische Definition des Territoriums „a terrendo“ verdanken [2]) — finden wir sodann die grundsätzliche Scheidung aller Gesetze in territoriale und extraterritoriale. Die Territorialität der Statuten ist die Regel: terminos quidem legislatoris populi non excedunt, sed nec vicissim exceduntur ipsa (No. 9); ausnahmsweise ist bei den statuta quae in personam concipiuntur zu sagen: statutum valiturum extra territorium (No. 11 ff., 16, 33). Vergl. Molinaeus [1]). Von den späteren französischen Statutariern ist dieser Gegensatz noch verschärft und definitiv zum Eckstein der Schule gemacht worden, so daß Bouhier, XXIII No. 30 „d'accord avec tous les autres“ (er citirt Argentraeus, Molinaeus, P. Voet, Burgundius, Rodenberg, Boullenois, Froland) sagen kann: „La différence essentielle entre les statuts réels et les personnels consiste en ce que les premiers se renferment dans leur territoire; au lieu que les personnels ont leur exécution au-delà même de leurs limites... Nous attachons à la réalité des coutumes l'idée de leur restriction, et à la personnalité l'idée de leur extension“ (Bouhier, l. c. XXIII No. 30, 36 ff., 59, 60) [3]).

Hier — bei den alten Statutariern — sind aber die

---

1) Siehe Argentraeus und Molinaeus, Meili in Böhm, V p. 363 ff., 452 ff., 554 ff.

2) Argentraeus, No. 11: „Statuta extra territoria sua sine usu sunt, cum extra ea terreri nemo possit, quae territorii definitio est.“

3) Vergl. bes. auch Jean Voet, No. 2 ff., 9, 11 und schon die Titel der bei Lainé, I p. 409 citirten Abhandlungen von Mynsinger und Gaill: „Consuetudo vel statutum de rebus vel personis disponens an extra territorium extendatur“. S. ferner das klare Résumé der Schule bei Lainé, I p. 52; auch p. 311 ff., 316.

Begriffe der Territorialität und Extraterritorialität bedeutend einfacher und klarer als bei den Modernen. Man versteht im Allgemeinen unter dem personalen (extraterritorialen) Statut ein solches, welches die Person von ihrem Domizil ins Ausland begleitet; unter dem territorialen (realen) ein solches, welches auf die im Inland belegenen Sachen zur Anwendung kommt[1]). Wie aber, wenn z. B. die lex loci actus oder die lex fori herrschen soll? Dann wird die Sache etwas unklar, oder man muß zu Gewaltmaßregeln seine Zuflucht nehmen. (Vergl. z. B. Argentraeus, No. 18, J. Voet, No. 13, Bouhier, XXIII No. 1, 81 ff., 87, XXVIII No. 13 ff.) Aber das bleiben immerhin Ausnahmen, die so relativ selten erscheinen, daß man sie unberücksichtigt lassen oder vergessen kann. Denn zur Zeit der alten Statutenlehre sind „Anknüpfungen" κατ' ἐξοχήν nur zwei Dinge: das Domizil der Person und die Lage der Sache. Dies hängt damit zusammen, daß man auf der einen Seite den Unterschied von Staatsangehörigkeit und Domizil noch nicht kennt, und daß auf der anderen Seite die wesentlich immobiliare Gestaltung des gesammten Vermögensrechts der lex rei sitae eine ungleich viel größere Bedeutung verleiht, als sie im modernen Rechtsleben beanspruchen kann. So konnte man in der Hauptsache wirklich alle Statuten in zwei große Klassen scheiden. Dabei erschien das „personale" Statut dem „realen" gegenüber als „extraterritorial", lediglich deshalb, weil die Personen beweg-

1) Vergl. Argentraeus No. 7, 9, 10, 13 ff., 17; J. Voet, No. 2, 9, 11; Bouhier, XXI No. 1 ff., 48 ff., 74 ff.; XXIII No. 37 ff.; XXVII No. 2 ff. und pass. Ferner bes. die bei Lainé, I p. 371 u. 382 abgedruckten Stellen aus Philippe de Remusson und Thaumas de la Thaumassière. S. auch schon Bartolus, No. 33 und Baldus, No. 88, 91.

lich, die Grundstücke aber unbeweglich sind, und deshalb die mit dem Status der Personen verknüpften Rechtsverhältnisse viel häufiger „außerhalb des Territoriums" Beziehungen hatten, als die Fragen des Immobiliargüterrechts. Territorialität bedeutet also grundsätzlich in der alten Statutenlehre nur Herrschaft der lex rei sitae. Und wenn z. B. Argentraeus, No. 7, 13ff. unter Personalstatuten nur diejenigen begreift, welche statutum personae afficiunt universaliter, nicht schon wo particulari aliqua de causa potentia agendi impediatur; wenn er deshalb für letztere, die besonderen Handlungsunfähigkeiten, ohne weiteres Herrschaft des Territorialgesetzes in Anspruch nimmt; so kommt es ihm dabei gar nicht in den Sinn, daß man in diesem Falle unter Territorialgesetz — wie es die Modernen als etwas ganz Selbstverständliches thun — etwa die lex loci actus verstehen könnte; es handelt sich nur um die lex rei sitae (vergl. Argentraeus, No. 17, 38). Aehnlich verhält es sich mit dem verschrieenen belgischen Edit perpétuel vom 12. Juli 1611, welches auf die modernen Personalisten wie ein rothes Tuch wirkt, weil darin alles verrealisirt sei; auch diese „Territorialität" bedeutet nur Herrschaft der lex rei sitae in Fällen, wo wir heute der lex domicilii personae oder der lex loci actus den Vorzug geben [1]).

§ 16.

Weit komplizirter liegt die Sache bei unseren modernen Statutariern.

---

1) In diesen Zusammenhang gehört auch der vielcitirte Satz des Burgundus: „Bona personam non sequuntur, sed personas ipsas ad se trahunt." Vergl. ferner Bouhier, XXIII No. 56, XXVI No. 68, 148 und die Ausführungen Lainé's über die Herrschaft des statut réel in Belgien und Holland: I p. 53, 395ff., II p. 95ff., 184.

Was ihnen Extraterritorialität bedeutet, ist klar. Das principio della nazionalità sagt es ohne weiteres. Es ist Herrschaft des Heimathsrechts (nicht des Domizils, das wäre „territorial"!) der Person. Welcher Person, wenn mehrere in dem Rechtsverhältniß begriffen sind? Welches Heimathsrechts, wenn ein Wechsel desselben stattgefunden hat? Diese und ähnliche Fragen (mehrfache Staatsangehörigkeit, Konflikt der Staatsangehörigkeitsgesetze) bleiben natürlich offen. Aber es sind Fragen zweiten Ranges. Der Hauptsatz ist klar.

Was aber bedeutet in der modernen Statutenlehre „Territorialität"? Das ist nichts weniger als klar.

Die gewöhnlichste und allgemeinste Antwort lautet:

Territorial ist ein Gesetz, welches auf seinem Territorium unbedingte, ausschließliche Herrschaft beansprucht.

„La loi territoriale sera souveraine et excluera toute loi étrangère" sagt Laurent (II p. 342 No. 185 und passim). Ebenso Despagnet: „La loi territoriale devra seule s'appliquer à l'exclusion de toute loi étrangère" (Précis, p. 118, 333, 336 No. 110, 333, 335); und Fiore: „Le leggi di ordine pubblico devono avere autorità assoluta nel territorio" (I No. 256 ff., 245 f., vergl. auch No. 39, 107 und II No. 533, 791, 832 und in Clunet, XIII p. 164).

Aehnlich Mancini, Rapport, p. 25; Brocher, Nouveau traité, p. 349 und 237; Laghi, p. 121 ff., 210 ff. und Introd. VI; Weiß, Traité élément., p. 516; Lainé, II p. 284, 302; Buzzati, Leggi straniere, p. 119, und Temi Veneta l. c. p. 4; Pillet, Ordre public, p. 18 und in Clunet, XIX p. 10; Olivi in Revue de droit internat., XV p. 212 f.;

Aubry in Clunet, XXIII p. 742 u. A. m., darunter auch Wharton in Clunet, VI p. 515[1]).

Den gleichen Sinn haben die vielverbreiteten, etwas blühenderen Redensarten, welche die territoriale Wirksamkeit eines Gesetzes dahin umschreiben, widersprechende fremde Rechtssätze seien einem Einfuhrverbot unterworfen, dürfen unsere Grenze nicht überschreiten u. ähnl.[2]).

Sollen wir diese Erklärungen als baare Münze nehmen? Sie würden dann bedeuten, die „territorialen" Gesetze seien durchweg anzuwenden, sobald nur die Macht und Möglichkeit ihrer Anwendung gegeben ist; sobald eine Anknüpfung irgend welcher Art im Inlande vorliegt.

So redet in der That der belgische Gesetzesentwurf Laurent's sect. IV art. 26 (Laurent, VIII p. 155 No. 98):

„Les lois relatives aux droits de la société reçoivent leur application, quels que soient le lieu du contrat, la nationalité des parties et la nature des biens."

---

1) Hierher gehören noch eine Reihe von Gesetzgebungen, besonders der Präliminarartikel 12 des italienischen B.G.B. und die danach gebildeten Sätze. Vergl. spanisches B.G.B. Art. 11 Abs. 3, Montenegro b. G.B. Art. 8, Mexiko, Código de extranjería Art. 33, und die Verträge von Lima Art. 54 und von Montevideo, Zusatzprotokoll Art. 4 (Niemeyer, Materialien, Nr. 142, 43, 188, 40, 44). Besonders apodiktisch ist auch der Berner Entwurf über das Personen- und Handlungsrecht, Art. 10 (Niemeyer, Nr. 27, Meili, Kodifikation 61 ff.).

2) Vergl. Fusinato, Questioni, p. 35: „. . . hanno applicazione rigorosamente territoriale in maniera di vietare l'ingresso nel territorio a tutte quelle disposizioni legislative che contenessero precetti in opposizione con quelle"; Esperson p. 33: „Il diritto privato spiega efficacia oltre i confini del legislatore, per contro il diritto pubblico si arresta alle frontiere"; Brocher, Nouveau traité, p. 348: „ certaines principes d'un ordre supérieur s'opposent, à ce qu'on laisse telle loi étrangère prolonger son autorité sur le territoire"; Laurent, II p. 170 No. 88: „On arrêtera à la frontière les statuts qui la violent" (sc. la liberté religieuse) u. a. m.

Vergl. ebenso Laurent, II p. 346 f. No. 188 f., p. 457 No. 252, VI p. 555 ff., No. 327 f.; Bustamente, p. 82; Laghi, p. 211; Fiore, II No. 783 u. A. m.

Allein es denkt doch kein Mensch daran, daß eine in Spanien von Spaniern geschlossene religiöse Ehe bei uns keine Wirksamkeit habe, weil unser Gesetz die obligatorische Civilehe vorschreibt; es denkt doch kein Mensch daran, unsere Publizitätsvorschriften des Immobiliarsachenrechts auf ausländische Güter anzuwenden, mag auch der Vertrag darüber in unserem Lande und von unseren Bürgern abgeschlossen sein [1]). Wo bleibt also die ausschließliche Herrschaft solcher zweifellos „territorialen" Rechtssätze? Wo bleibt die Anwendung „quels que soient le lieu du contrat, la nationalité des parties et la nature des biens"?

Was man uns auf diese naheliegenden Fragen erwidern würde, ist klar. Man würde etwa antworten (vergl. oben S. 16): Unter absoluter Anwendung des territorialen Gesetzes verstehen wir natürlich nicht Anwendung des Gesetzes auf Rechtsverhältnisse, die es selbst gar nicht im Auge hat, denn das hieße nicht das Gesetz absolut anwenden, sondern es falsch anwenden; und verstehen wir natürlich nicht Anwendung auf Rechtsverhältnisse außerhalb unseres Territoriums, denn wir behaupten ja nur, daß es in unserem Territorium herrsche.

Solche Antworten können aber nur bestehen in jener trüben Atmosphäre allgemeiner Unklarheit, von welcher die elementarsten Grundlagen des internationalen Privatrechts umgeben sind.

Ob ein Rechtsverhältniß in unserem Territorium liegt oder außerhalb desselben, ist nichts,

---

1) Vergl. dazu oben S. 13 ff.

was wir a priori wissen können, sondern eben die Frage, welche uns das internationale Privatrecht für jeden Fall beantworten soll[1]. Sagt man einfach, ein Rechtssatz finde in unserem Territorium Anwendung und finde außerhalb desselben keine Anwendung, so bleibt gerade die Frage ungelöst, welche das internationale Privatrecht für diesen Rechtssatz beantworten muß, und die Theorie giebt uns Steine statt Brot. Denn kein Verhältniß, für welches in der Praxis die Anwendung des örtlichen Rechts überhaupt fraglich wird, liegt mit seinen sämmtlichen Ortsbeziehungen in unserem Territorium beschlossen. Es muß irgend eine Ortsbeziehung zum Ausland vorliegen, wenn die privatinternationale Frage überhaupt aufgeworfen werden kann. Die Theorie hat uns darüber Auskunft zu geben, ob trotz solcher ausländischen Anknüpfungen das Rechtsverhältniß im Inland liegt; wenn sie uns also nicht sagt, welche Anknüpfungen die maßgebenden sind, so wissen wir gar nicht, was es heißt, ein Rechtssatz finde „in unserem Territorium" Anwendung.

Die Vorstellung aber, als ob wir von einer absoluten Herrschaft eines Gesetzes im Territorium reden könnten, weil das Gesetz „absolut" auf diejenigen Verhältnisse angewandt wird, die es selbst im Auge hat, und nur auf diejenigen nicht, die es selbst gar nicht treffen will — diese Vorstellung beruht lediglich auf der oft berührten Verwirrung zwischen Sachnorm und Ortsnorm (vergl. oben S. 16ff.). Die Sachnorm wird auch bei den „territorialen" Gesetzen niemals „absolut" angewandt, das ist klar. Sie wird allerdings absolut angewandt in dem von der Ortsnorm bezeichneten Umkreis. Das ist aber keine Eigenthümlichkeit der

1) Vergl. meine Gesetzeskollisionen S. 111.

territorialen Gesetze, sondern gilt ebenso für die personalen. Auch diese letzteren herrschen unter allen Umständen in dem von ihrer Ortsnorm gegebenen Bereich; auch sie sind — in der gewöhnlichen Diktion zu reden — ausschließlich anzuwenden bei denjenigen Verhältnissen, welche sie selbst im Auge haben (d. i. bei Rechtsgeschäften, welche Inländer abschließen).

Wenn also die Territorialität einen Sinn haben soll, so muß man uns sagen, welcher Art diese „Verhältnisse" bei den „territorialen" Gesetzen sind; m. a. W. man muß uns die maßgebenden Anknüpfungen bezeichnen.

§ 17.

Man thut dies in der That vielfach.

Oefters sagt man uns z. B. klar und deutlich (wenn auch nicht mit unseren Worten): Anknüpfung ist der inländische Gerichtsort.

So, wenn Esperson ausspricht, der Fremde dürfe nur geltend machen die „disposizioni non lesive del Diritto pubblico dello Stato nel cui territorio se ne chiede l'applicazione", „dal cui potere giudiziario se ne chiede l'applicazione", „ai cui magistrati egli ricorre" (Esperson, p. 28, 31, 34, 140, 203).

Oder: Laurent: „Les étrangers ne peuvent jamais se prévaloir de leur statut personnel quand il est en opposition avec le droit public de l'Etat où ils intentent une action en justice" (Laurent, VI p. 556 No. 327; vergl. II p. 342 No. 185, p. 346 f. No. 188 f., VIII p. 33 No. 15, p. 169 ff. No. 109 ff. etc.).

Aehnlich Weiß (Traité élément.) p. 512, 516 ff., 519, 690, 860, 864; Pillet, Ordre public, p. 38; Olivi, Revue de droit internat., XV p. 216; Barrilliet in

Clunet, VII p. 351, 352; Catellani, III p. 586 No. 681 u. A. m.[1]).

Es ist nicht nöthig, hier nochmals ausführlich darzulegen, daß die Vorstellung von der exklusiven Anwendung der „territorialen" Gesetze durch den Inlandrichter nicht aufrecht erhalten werden kann. Außer Zweifel steht, daß selbst für die „Prohibitivgesetze" im engsten Sinne vielfach nicht der Gerichtsort die Anknüpfung bildet; noch viel weniger kann für den weiten Kreis der romanischen lois d'ordre public von einer solch exklusiven Anwendung der lex fori die Rede sein. Der täuschende Schein, als ob die inländische lex fori als solche anwendbar sei, beruht einerseits auf der oft dargelegten Verwirrung von Sachnorm und Ortsnorm: je nach Bedarf wird unter dem Wort „Gesetz" einmal die Sachnorm, das andere Mal die Ortsnorm, das dritte Mal diese und jene mit einander verstanden, und aus Prämissen für das „Gesetz" in dieser Bedeutung die conclusio für das „Gesetz" in jener Bedeutung abgeleitet. Andererseits wird die Täuschung unterstützt durch die Thatsache, daß vielfach die Zuständigkeit des Gerichts durch den nämlichen lokalen Umstand begründet ist, welcher die Anknüpfung für die Kollisionsnorm bildet; m. a. W., daß formelles und materielles Forum in einander fallen[2]).

1) Auch z. B. Wharton § 165: „that matrimonial capacity is a matter of distinctive national policy, as to which judges are obliged to enforce the views of the state of which they are officers". Vergl. ferner oben S. 12 Anm. 5 und S. 18 Anm. 1; dazu die von Weiß dem Institut vorgeschlagenen Beschlüsse, Hamburg 1891, Genf 1892 und Paris 1894; das Urtheil des Kassationshofes Rom vom 10. VII. 1889, Annali della giurisprudenza, 1889, 2, p. 106 ff., spez. 110; der Beschluß des Institut in der Sitzung von Lissabon, bei Niemeyer, Nr. 188; Zusatzprotokolle von Montevideo, Art. 4; Griechisches B.G.B., Art. 8, bei Niemeyer, Nr. 33.

2) Vergl. z. B. Esperson, p. 110; Lainé, II p. 125 ff.

Wir können uns nicht versagen, hier eine kleine Illustration der Begriffsverwirrung zu geben, welche die Vorstellung loi territoriale = lex fori anzurichten im Stande ist. Pillet (Ordre public, p. 80 Anm. 1) liefert folgendes Kabinetsstück: „Lorsque la négociation a eu lieu à l'étranger ce n'est pas l'ordre public français qui est en jeu, mais l'ordre public du pays où la transaction a eu lieu, c'est donc la lex fori de ce pays-là [sic!], c'est-à-dire la loi du lieu où se trouvait la chose à cette époque qui doit être appliquée." Und allgemeiner p. 84f. eod.: „C'est ainsi que nous déciderons, qu'une propriété n'aura été transférée à l'étranger qu'autant que les formalités prescrites par la „lex fori" (!)[1]) en vue de la publicité de l'aliénation auront été remplies, que nous jugerons les effets civils de la possession d'après la loi du lieu où elle s'est exercée, que nous réputerons un désaveu valable s'il était autorisé par les lois du tribunal saisi" etc. Also: die auswärtige lex rei sitae, die auswärtige lex loci actus, der auswärtige Erfüllungsort, der auswärtige Gerichtsort, alles das ist für uns für den inländischen Theoretiker, für den inländischen Richter die „lex fori"! Warum bei solcher Weitherzigkeit der Begriff lex fori nur gerade der fremden „loi nationale", die doch auch eine „lex fori de ce pays-là" ist, hartnäckig die gastlichen Pforten verschließt, das allerdings bleibt ein Buch mit sieben Siegeln.

§ 18.

Eine andere besonders beliebte Formel bezeichnet uns als maßgebende Anknüpfung bei den „lois territoriales" den Aufenthaltsort der Person.

1) Gemeint ist natürlich immer, wie auch bei den folgenden Beispielen die famose „lex fori de ce pays-là", vergl. auch p. 85 eod.

So sagt Mancini (Rapport, p. 25), man verweigere den Fremden alles dasjenige, was sich darstellen würde als Verletzung des droit public desjenigen Landes „où il reçoit l'hospitalité“. Das „territoriale“ Recht „plane sur le territoire et sur tous ceux qui l'habitent, indigènes ou étrangers sans distinction“.

Aehnlich Laurent, I p. 57 ff. No. 22, IV p. 562 No. 310, VI p. 488 No. 280 und passim; Fiore, II No. 624 und passim; Catellani, II p. 162 No. 497; Despagnet, Précis, p. 119 No. 111 und in Clunet XVI p. 207 u. v. A. m.

Aber auch diese Formel ist offenbar unzutreffend, sobald man sie schärfer betrachtet.

Wer sich bei uns im Inland aufhält, wird darum unseren sachenrechtlichen Normen nicht unterworfen bei Dispositionen über im Ausland belegene Güter; er wird unserem Fideikommißverbot nicht unterworfen, wenn die Erbschaft eines Ausländers mit ausländischem Vermögen in Frage steht; er wird nicht einmal unserem Verbot der Leibeigenschaft unterworfen, wenn er etwa in einem fremden Kolonialstaat, welcher Sklavenrecht anerkennt, Sklaven zur Bebauung seiner dortigen Plantagen besitzen sollte. Und umgekehrt: Mag der Fremde sich bei uns aufhalten oder nicht, sobald er über im Inland belegene Grundstücke disponiren will — und das kann er ja unter Umständen thun, ohne sich je persönlich bei uns sehen zu lassen — so hat er unsere Publizitätsformen zu beachten; wenn er ein ihm in Deutschland angefallenes Vermögensstück durch gültiges englisches Testament als „entailed estate“ für Kinder und Kindeskinder festlegen wollte, so würden wir das nicht dulden, mag auch der verfügende Engländer niemals den deutschen Boden betreten haben; wenn

er durch einen Brief, durch einen Flintenschuß ein Delikt bei uns begeht, so verpflichten wir den Ausländer zum Schadensersatz nach unseren Gesetzen, mag er auch niemals einen Fuß in unser Land gesetzt haben.

Es ist also klar, daß für alle solche, sicherlich im romanischen Sinne „territorialen" Gesetze nicht lediglich der Aufenthalt der Person die maßgebende Anknüpfung bilden kann. Wenn man glaubt, dies sei der Fall, so beruht es auf einer ähnlichen Selbsttäuschung, wie bei den vorbesprochenen Formeln: man subintelligirt stillschweigend jeweils die in Wahrheit maßgebende Anknüpfung dazu. Man setzt voraus, daß der im Inland sich aufhaltende Fremde über inländische Grundstücke verfügt, daß er im Inland ein Delikt begeht u. s. f.; man nimmt umgekehrt an, daß die Personen, welche derartige Handlungen vornehmen, sich auch im Inland aufhalten: Koincidenzen, welche gewiß die Regel sein mögen, die aber ebenso gewiß keine Nothwendigkeit sind.

Die hier besprochene unhaltbare Formel verdankt ihre sehr weitgehende Verbreitung hauptsächlich dem Code civil, Art. 3 Abs. 1: „Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire." Sie ist von da aus nicht nur in die romanische Theorie, sondern auch in eine große Zahl von Gesetzgebungen übergegangen. Vergl. die bürgerl. Gesetzbücher der Kantone Genf, Waadt, Neuenburg, Wallis (Meili, Kodifikation, S. 69ff.); das B.G.B. von Holland, Art. 8; Griechenland, Art. 3; Jonische Inseln, Art. 5; Italien, Art. 11[1]); Spanien, Art. 8; Costa-Rica, Art. 2; Guatemala,

1) Ueber das recht unklare Verhältniß dieses Präliminarartikel 11 zu dem unglücklichen Art. 12 vergl. besonders Buzzati, Temi Veneta l. c. p. 4ff. und Laghi l. c. p. 223ff.

Art. 4; Peru, Art. 4; Bolivia, Art. 4; Congo-Decret, Art. 8. (S. diese Gesetze bei Meili, S. 35 ff.; Niemeyer, Nr. 28 ff.)

Es ist nun interessant, zu sehen, daß der ursprüngliche Entwurf des Code civil eben diese Formel ganz allgemein für die Gesetze als solche, nicht etwa für die spezifisch als territorial geltenden „lois de police et de sûreté“ oder die „lois d'ordre public“ aufgestellt hatte. Der Entwurf vom 24 Thermidor VIII sagte in Art. 1 § 4 (vergl. Meili, p. 69 ff., Laurent, II p. 77 ff. No. 46):

„La loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire; l'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède et pour sa personne pendant sa résidence.“

Die nämliche allgemeine Fassung findet sich heute noch in einer größeren Zahl von Gesetzgebungen: vergl. die Kantone Aargau, Bern, Freiburg, Luzern, Solothurn, Unterwalden, Zug (Meili, p. 52 ff.; Niemeyer, Nr. 1 ff.); Argentinien, Art. 1; Chili, Art. 14; Venezuela, Art. 6; Columbia, Art. 14; Louisiana, Art. 9 (s. Niemeyer, Nr. 23 und Nr. 82 ff.). Champeau (in Clunet, XXI p. 929 ff.) hält sich, gelegentlich der Besprechung der Gesetzgebung von Columbien, über die „bizarrerie de cette rédaction“ auf und bemerkt, daß dieselbe „prise à la lettre“ zu ebenso unsinnigen wie ungewollten Ergebnissen führen würde. Er erkennt aber nicht, so wenig wie die ganze romanische Schule, daß dieser verkehrte allgemeine Grundsatz durch seine Beschränkung auf die „lois d'ordre public“ nichts von seiner Unrichtigkeit verloren hat.

§ 19.

„Verum in definiendis eis mirum est quam sudent Doctores“ würde Hertius heute ebenso wie vor 200 Jahren



sagen, wenn er die Anstrengungen der modernen „Doctores“ betrachten könnte, wie sie den Begriffen des personalen und territorialen Statuts beizukommen suchen.

Wir haben gesehen, die verschiedenen Bemühungen, die Wirkung des „territorialen“ Statuts allgemein zu definiren, wollen nicht gelingen. Man versucht es also mit Distinktionen. Als ob man durch Distinktionen einem Begriffe aufhelfen könnte, welchem jede Einheitlichkeit fehlt!

Man erkennt z. B., daß die „Territorialität“ doch nicht immer „absolut“ ist. (Vergl. besonders Bustamente, p. 102f., 121.) Also giebt es einen ordre public absolu und einen ordre public relatif[1]). Bei den Gesetzen der letzteren Gattung zeigt sich der Gesetzgeber „moins sevère“, als bei der ersteren. S. Despagnet, Précis, p. 120f. No. 112 und in Clunet XVI p. 216ff. Andere sehen ein — Pillet, Ordre public, p. 69ff., Bustamente, p. 23ff., 121, Rolin in Revue de droit international, XXVI p. 441 — daß diese Eintheilung, wenn auch „fort ingénieuse“ (Pillet, l. c.), doch innerlich unhaltbar ist. Fedozzi (in Clunet, XXIV p. 77) ist so genügsam, in derselben wenigstens eine „exactitude approximative“ zu finden. Bustamente unterscheidet statt dessen zwischen einem efecto restringente und expansivo des ordre public international und geräth damit erst recht in ein Labyrinth von Widersprüchen hinein (p. 138ff.); das Gleiche gilt von den Unterscheidungen Olivi's, a. a. O. p. 219f., und von denen Rolin's, a. a. O. p. 441. Die Kategorien des Letzteren sind nichts

1) Da nach feststehendem Axiom die „lois d'ordre public“ „territorial“ sind, und nur diese, so ist klar daß Verschiedenheiten der „territorialen“ Wirkung in Verschiedenheiten des ordre public ihren Grund haben müssen; man redet also nicht von absoluter und relativer Territorialität — wie zu erwarten wä[illegible] — sondern in direkter Projektion von absolutem und relative[illegible]e public.

als eine getreue Aufwärmung der berühmten statuta personalia, realia und „mixta“: es giebt nämlich nach ihm 1) einen ordre public national, der die Staatsangehörigen bindet; 2) einen ordre public économique ou territoriale, der sich auf die Güter im Lande bezieht; 3) einen ordre public de nature morale ou politique, maßgebend für alle „qui se trouvent sur le territoire“. Man vergl. dazu die alten Statutarier, z. B. Hertius[1]), p. 120, 121 ff. und J. Voet, No. 2 f., 4, 10.

Auch Jitta (p. 142 ff.), der in seiner Polemik gegen Laurent die Vieldeutigkeit des statut réel treffend hervorhebt (ähnlich wie Strisower, vergl. auch Buzzati, Leggi straniere, p. 370), hat selbst nirgends volle Klarheit geschaffen (vergl. bes. p. 154, 156 ff., 171 ff. l. c.). Aehnlich geht es Aubry[2]), welcher in deutlicher Erkenntniß der Verworrenheiten jener Theorie „une terminologie à la fois plus précise et plus variée“ verlangt. Es gelingt ihm nicht, sich von einem Hauptfehler der herrschenden Lehre, dem „ordre public absolu“[3]) frei zu machen; und wenn er im Uebrigen meint: „provisoirement il me semble préférable de dire que l'ordre public est tantôt absolu tantôt relatif, sauf à expliquer ce qu'on entend par ce dernier mot chaque fois qu'on l'emploie“, so ist das eine so köstliche Satire auf die ganze Theorie, daß jede Bemerkung dazu überflüssig erscheint.

---

1) J. N. Hertii Commentat. atque opuscul. Vol. I, herausgegeben von Hombergk, Frankfurt 1737, darin de collisione legum dissertatio, p. 91—158 (1688).

2) J. Aubry, Le domaine de la loi d'autonomie en droit int. pr. in Clunet, XXXIII p. 465 ff., 721 ff.

3) Worunter Aubry z. B. auch „toutes les règles sanctionnant les droits des tiers“ faßt, (p. 742), Rechtssätze, von denen doch zweifellos ist, daß sie in keinem Sinne „absolut“ angewendet werden. Man vergl. auch die ähnlichen Verkehrtheiten p. 735 eod.

§ 20.

Wenn man die Schiefheiten und Verwirrungen überblickt, zu denen jeder Versuch, die „Territorialität" näher zu präzisiren, mit Nothwendigkeit führt, so begreift man es, warum die Mehrzahl der modernen Statutarier davon absieht, ex professo eine Definition der „loi territoriale" überhaupt geben zu wollen. Es ist immer noch das Beste, sich bei einer möglichst vagen Formel der Territorialität zu beruhigen; z. B. einfach zu sagen: „Comme la loi (sc. territoriale) concerne la société elle-même prise en soi ... et que, par suite, son but ne peut être atteint que sur le territoire même, il va de soi que la loi ne peut avoir de valeur extraterritoriale" (Fedozzi, l. c. p. 70, in Uebereinstimmung mit vielen Anderen). Unter der unendlich vieldeutigen Vorstellung einer Herrschaft „auf dem Territorium" („dans cette société" Laurent; „nel territorio" Fiore 2c.) läßt sich je nach Bedarf alles unterbringen: lex rei sitae, lex loci actus, Erfüllungsort, lex fori, was man gerade braucht[1]).

Allein man erkennt damit auch deutlich, wie die romanische Schule mit dem Trugbild einer „territorialen" Herrschaft gewisser Gesetze „von einem bösen Geist im Kreis herumgeführt wird".

---

1) Man vergl. z. B. Laurent, II p. 321 ff. No. 173 bis, p. 346 f. No. 188 f., VI p. 328 ff. No. 183, VII p. 84 ff. No. 55 ff., p. 163 No. 110, p. 301 ff. No. 240 ff. u. s. f; Brocher, Nouveau traité, p. 262 f., 324, 340; Cours, I p. 419 ff. No. 132, II p. 386 ff. No. 271; Esperson, p. 110, 140, 154; Fiore, I No. 113, 226, 430, 471, II No. 532 ff., 787, 971; Weiss, Traité élémentaire, p. 624 ff., 630 ff., 850; Diena, Diritti reali, p. 115 ff. 140 ff., 400 ff., 406, 410; Clunet, X p. 149 ff.; Duguit in Clunet, XIII p. 515 ff.; Vincent, eod. p. 679 ff.; Renault in Clunet, II p. 334; I. Haager Konferenz, dritter Kommissionsbericht, und II. Konferenz, zweiter Kommissionsbericht, Actes I p. 74 ff. II p. 126 u. s. f.

Die treffendste Illustration hierzu hat uns wieder Pillet geliefert [1]). Wir wissen, daß nach seiner „formule centrale", die mit der herrschenden identisch ist, man stets zu prüfen hat, ob ein bestimmtes Gesetz zu den „lois individuelles" oder zu den „lois sociales" gehöre. „Très-souvent cette question sera susceptible d'une réponse nette et certaine et dans toutes ces hypothèses la solution du conflit ne souffrira pas la moindre difficulté" so erklärt uns Pillet ausdrücklich zum voraus (XXI p. 747 ff., 417 ff.). Wenn wir aber den langen und herzlich unerquicklichen Erörterungen über diese angebliche Kardinalfrage gefolgt sind, so bekommen wir plötzlich zu hören: „Cela ne résout nullement la question." Es genüge durchaus nicht, zu wissen, daß ein bestimmtes Rechtsverhältniß der Herrschaft eines territorialen oder extraterritorialen Gesetzes unterworfen sei. „Il faut encore, parmi les diverses lois positives, pouvoir distinguer et choisir celle qui, à l'un ou à l'autre de ces deux titres possède sur lui une influence assez directe et assez exclusive pour qu'on ait le droit et le devoir de la lui appliquer." Und in diesem Sinne geht Pillet nunmehr über „à la détermination de la loi compétente" (XXII p. 241 ff.).

Deutlicher läßt es sich wohl nicht anerkennen, daß man nach Erledigung der ganzen weitläufigen Untersuchung, welche den Kern der Sache bilden sollte, genau „so klug ist als wie zuvor" — vielleicht auch etwas weniger klug, weil verwirrt (vergl. eod. XXII p. 253 ff., 257 ff., 500 ff.). Man hat einen großen Weg gemacht, der uns in das Herz des internationalen Privatrechts zu führen versprach; und man ist jetzt nach Voll-

1) in seinem großen oben citirten „Essai d'un système général etc." in Clunet, XXI, XXII u. XXIII.

endung desselben glücklich wieder vor der Eingangspforte angelangt, auf welcher man, ohne sich auch nur zu erstaunen, die erste und oberste aller Fragen abliest: „De quel territoire et de quelle loi s'agit-il"[1])?

Und wenn man nur wenigstens nun — wie Pillet es glücklicherweise thut — diese Frage sich ansehen wollte und sie zu beantworten versuchte! Meistens hält man das für gar nicht mehr nöthig und ist völlig zufrieden mit der Antwort, es liege ein „territoriales" Gesetz vor[2]). Welche Unklarheit und Gefahr des Mißverständnisses eine solche Methode mit sich führt, liegt auf der Hand. Alle möglichen und denkbaren Anknüpfungen verbergen sich ja in dem Proteus der „Territorialität", alle schillern sie gleichzeitig bunt neben einander; welche sollen wir ins Auge fassen, auf welche kommt es gerade an? Manchmal ist es ja leicht zu erkennen, manchmal sagt man es uns auch ausdrücklich; aber sehr oft, und gerade da wo es am nöthigsten wäre, thut man es — entgegen dem bewährten Rezept Aubry's — doch auch nicht[3]).

1) Oder „Quel est le pays dont l'ordre public peut être menacé?" (Pillet, a. a. O., XXIII p. 9, vergl. XXII p. 948 f.). Aehnlich auch Laurent, VIII p. 334 No. 234 f., p. 360 ff. No. 253 f.: „Or, quelle est la société qui est la plus intéressée à ce que les actions aient une limite certaine?" „Quelle est la loi territoriale?" u. a. m.

2) Sogar solche, welche die Mangelhaftigkeit der allgemeinen Formel des ordre public sonst anerkennen, wie Renault, I. Haager Konferenz, Sitzung vom 22. IX. 1893, Actes I p. 41.

3) Einige Belege: Brocher, Nouveau traité, p. 264, 350; Cours, I p. 424 ff. No. 133, p. 427 ff. No. 134, p. 437 ff. No. 136; II p. 44 ff. No. 141, p. 58 ff. No. 148, p. 87 ff. No. 113 ff., p. 219 No. 205, p. 241 ff. No. 216 ff., p. 281 No. 271; Laurent, II p. 433 ff. No. 240 ff., p. 455 ff. No. 252 ff.; VI p. 555 ff. No. 327 ff., p. 629 ff. No. 377 ff.; VII p. 38 ff. No. 23, p. 42 ff. No. 26, p. 268 No. 207, p. 294 ff. No. 230 ff., p. 436 ff. No. 373 ff., p. 473 ff. No. 399, p. 633 No. 578; VIII p. 21 ff. No. 9 ff., p. 31 No. 14 (!), p. 33 No. 15, p. 152 No. 94, p. 207 No. 140, p. 229 ff. No. 159 ff., p. 243 ff. No. 169 ff., p. 271 ff. No. 183 ff., p. 288 No. 201,

„Unde fit", wie Argentraeus sagen würde, „ut incerti magistri incertiores lectores dimittant."

§ 21.

Von den vielen Unklarheiten, die — auch außerhalb der Lehre vom ordre public — bei der Vorstellung einer spezifisch „territorialen" Herrschaft gewisser Gesetze hereinspielen, möchten wir hier noch einer eigenthümlichen, s. z. s. optischen Täuschung gedenken. Sie wird erzeugt, indem man die als „territorial" qualifizirten Gesetze das eine Mal von innen, das andere Mal von außen betrachtet und hinterher vergißt, daß das „konkave" Bild von einem ganz anderen Gesichtspunkt aufgenommen ist als das „konvexe".

Man nennt z. B. einerseits die Sachenrechtsnormen, die Deliktsnormen „territorial", und man will damit sagen: sie herrschen unbedingt über die in unserem Territorium belegenen Sachen, über die auf unserem Territorium begangenen Delikte. Das ist der „konkave" Gesichtspunkt.

Man nennt aber andererseits „territorial", „strikt territorial" z. B. Gesetze, welche die religiöse Freiheit beschränken, indem sie „Ketzern" etwa das Erbrecht entziehen; Gesetze, welche den Fiskus, den Adel civilrechtlich bevorzugen, welche ein Kastenrecht statuiren, den bürgerlichen Tod aufrecht erhalten u. ähnl.[1]); und man will damit sagen: solche Gesetze

p. 334 No. 234, p. 360 ff. No. 258 f.; Fiore, I No. 480, II No. 672 ff.; Despagnet, Précis, p. 345 und in Clunet, XVI p. 6; Durand, p. 351 No. 171; Catellani, III p. 578 No. 675; Buzzati, Leggi straniere, p. 119 ff.; Pillet, Ordre public, p. 18, 67; Lyon-Caen in Clunet, IV p. 481, IX p. 247, 489 und projet et rapport für das Institut de droit international, Annuaire XV p. 74 ff., 78 ff.; Weiss in Revue de droit internat., XXIV p. 11 ff.; Chretien in Clunet, XIV p. 52 Note 1; Levillain in Clunet, XXIII p. 750 ff. u. s. f.

1) Vergl. z. B. Bar, I p. 412, 457; Gierke, Deutsches Privatr., § 26 p. 225; Laurent, II p. 170 No. 88, VI p. 324 ff. No. 180 ff.;

mögen in ihrem Territorium herrschen, so weit sie wollen und können; sobald ihre Wirkungen auf unser Territorium herübergreifen, weisen wir sie zurück.

Dort ist also die „Territorialität" etwas Positives, Affirmatives; hier etwas Negatives, Restriktives [1]). Dort entspricht sie dem Sinn und Willen des fraglichen Gesetzes selbst, hier widerspricht sie ihm. Dort heißt Territorialität: Hausrecht; hier: Hausarrest.

Die „konkave" und die „konvexe" Territorialität haben überhaupt nichts mit einander gemein, als das unglückliche Wort. Wie sie begrifflich völlig verschieden sind, so sind es auch ihre praktischen Konsequenzen. Die konkave Territorialität wird in der Regel auch reciprok anerkannt, die konvexe in der Regel nicht. Erstere führt gewöhnlich zur Gesetzesharmonie vermittels einer gleichmäßigen Grenznorm; letztere führt meistens zur echten Gesetzeskollision, weil eine strikte Ausdehnungsnorm zurückbleibt. Die strikte Ausdehnungsnorm hat in diesem Falle zum Gegenstand eine inländische Sachnorm, welche inhaltlich der als „territorial" reprobirten ausländischen Sachnorm entgegengesetzt ist [2]).

Belege für die theoretische und praktische Verwirrung, welche die mißbräuchliche Verquickung der beiden gänzlich verschiedenen Begriffe herbeiführt, findet man sehr häufig. Wir verweisen

---

Brocher, Nouveau traité, p. 100 ff.; Fiore, I No. 448, II No. 577 f.; Story, No. 92 note a, p. 117; No. 414 p. 575; Thorndike bei Story, p. 224; Wharton, §§ 110, 158, 270; Argentinien, B.G.B. Art. 9 (Meili, Cod., S. 48 ff., Niemeyer, Nr. 23); Barnum v. Barnum, 42 Md. 251 u. s. f.

1) Pillet, Ordre public, p. 68 ff., 71 ff. unterscheidet thatsächlich lois d'ordre public positives et lois d'ordre public négatives und einen effet direct und effet indirect de la territorialité.

2) Auf Einzelheiten haben wir hier nicht einzugehen. Vergl. einstweilen auch Zitelmann, I S. 328 ff.

hier besonders auf Laurent's — zum Glück meistens auch von den Romanen verworfene — Theorie der juristischen Personen, eine Theorie, deren praktische Durchführung einen unabsehbaren internationalen Schaden anrichten würde: die Anerkennung der juristischen Personen beruht auf Gründen des öffentlichen Wohls; also loi territoriale; also — wenigstens grundsätzlich — keine Wirksamkeit im Auslande (vergl. Laurent, IV p. 152 No. 72 ff.; p. 237 ff. No. 121; vergl. ebenso Kassationshof Rom 10. VII. 1889, Annali della giurispr. 1889, 2, p. 106 ff., spez. 110)[1].

§ 22.

Anhang: Eine klassische Widerlegung der modernen Statutenlehre.

Wenn man mit einem Prinzip ebenso gut das Gegentheil des thema probandum darthun kann, wie das thema probandum selbst, so gilt dies als eine demonstratio ad oculos der Unrichtigkeit jenes Prinzips.

Die moderne Lehre vom ordre public ist in solch schlagender Weise schon vor 150 Jahren widerlegt worden, und zwar durch den Präsidenten Bouhier — wohl den interessantesten Vertreter der alten französischen Statutenlehre.

Der Ausgangspunkt der alten Statutenlehre ist bekanntlich demjenigen der modernen genau entgegengesetzt (vergl. oben S. 44). Mancini's oberster Grundsatz ist

1) Vergl. auch z. B. Fiore, I No. 448: Das englische Gesetz von 1874, welches den Schutz der Minderjährigen besonders weit ausdehnt, ist zu betrachten come un provvedimento di polizia; also legge territoriale; also — keine Wirksamkeit in Italien; während doch offenbar aus dem englischen (konkaven) Gesichtspunkte des ordre public stets nur die (konkav-)englische Territorialität gefolgert werden könnte, das Positive, nicht das Negative. Vergl. ferner z. B. die merkwürdige Begründung des Kassationshofs Palermo 25. VIII. 94, Annali della giurispr. 94, 1, p. 419 ff.

das persönliche Recht der Nationalität, dessen Herrschaft überall und unbedingt anzuerkennen ist, wo nicht besondere Gründe für die Ausschließung desselben geltend gemacht werden können. Bei den französischen Statutariern ist umgekehrt oberster Grundsatz „toutes les coutumes sont réelles“, „statutum non porrigitur extra territorium“; jede Ausnahme hiervon ist besonders zu begründen.

Die nothwendige Ausnahme zu begründen, bietet sich Mancini der Gedanke des ordre public. Gesetze, welche mit dem Gemeinwohl eng zusammenhängen, verlangen unbedingt — territoriale Herrschaft.

Die nothwendige Ausnahme zu begründen, bietet sich Bouhier — der Gedanke des ordre public. Gesetze, welche mit dem Gemeinwohl eng zusammenhängen, verlangen unbedingt — extraterritoriale Herrschaft.

Warum auch nicht? Les coutumes, qui regardent le bien universel des peuples, les bonnes moeurs et l'honnêteté publique, méritent d'être étendues hors de leur territoire[1])... Qu'y a-t-il en effet de plus personnel, que ce qui regarde les bienséances et l'honnêteté publique?“ Es folgt also die Regel: „En quelques termes, que soit conçue une coutume prohibitive, et quand même la disposition n'en tomberoit pas bien précisément sur les personnes, il doit suffire, pour la déclarer personnelle, que la prohibition ait une cause publique et

1) Bouhier beruft sich für diese allgemein anerkannte Regel auf Molinaeus, Coquille, Jean Marie Ricard u. A. Bouhier, XXIII No. 76, vergl. No. 72, 63 und XXVII No. 52, 53, sowie bes. auch die bei Lainé, I p. 297 ff. abgedruckten Ausführungen Guy de Coquille's.

qu'elle regarde le bien général de la société"[1]) — wie man sieht, wortgetreu die Begründungen der modernen romanischen Schule, nur mit dem kleinen Unterschied, daß die daraus abgeleitete Folgerung derjenigen der Modernen kontradiktorisch entgegengesetzt ist: Jedes Gesetz, welches auf das Wohl der Gesellschaft abzielt, ist nicht territorial, sondern umgekehrt gerade deshalb personal, extraterritorial.

Das Prinzip wird durchaus nicht etwa nur so allgemein ausgesprochen, es wird vielmehr auch im Einzelnen konsequent durchgeführt, und es zeigt sich, daß es dabei für die Personalgesetze genau mit der gleichen Präzision arbeitet, wie sonst (bei den Modernen) auf dem Gebiet der Territorialgesetze.

Sätze, welche die Unveräußerlichkeit des fundus dotalis statuiren, die Nichtigkeit der von dem filius familias ohne Zustimmung des Vaters abgeschlossenen Verträge: „comme elles sont fondées sur le droit public, elles doivent s'exécuter sur les biens, en quelque lieu qu'ils soient assis" (XXIII No. 78, XXVII No. 4). Das Gleiche gilt z. B. von art. 371 der Coutume de Normandie, wonach Männer ihren Ehefrauen nicht mehr als ein Drittheil „du revenu de leurs héritages" zuwenden sollen, denn „on sent bien que cette prohibition est fondée sur une cause politique et publique" (XXVII No. 2); das Gleiche für das SC. Macedonianum und für das Velleianum (XXVII No. 3); für die Schenkung unter Ehegatten sowie mortis causa (XXVII No. 37 ff., 47) u. s. f.; das Gleiche für die formalités extrinsèques des actes, immer wegen ihrer utilité publique (XXIII No. 81 ff.); allerdings muß man, um im letztgenannten Falle, die „personale" Wirkung zu erkennen, zu einem beson-

1) Bouhier, XXVII No. 57, XXIII No. 77; cf. XXIII No. 12, 46, 62 und passim.

deren Kunstgriff seine Zuflucht nehmen (der übrigens nicht schlimmer ist, als die gelegentlich zur Durchführung der modernen Territorialität gebrauchten): man hat nämlich nicht auf die Person der Interessenten, sondern auf die des officier zu sehen, welcher den Akt redigirt (XXIII No. 87; XXVIII No. 13 ff.).

Besonders hübsch tritt der Kontrast im Erbrecht hervor.

Man weiß, die moderne romanische Schule kämpft für „Personalität" des Erbrechts, entgegen der in der französischen Tradition herrschenden „Territorialität" (d. h. für Anwendung des Heimathsrechts der Person entgegen dem der lex rei sitae). Der Staat ist hier nur mittelbar interessirt; in erster Reihe handelt es sich um „intérêt privé": also statut personnel[1]).

Bouhier (XXX) ist ganz ebenso der Meinung, daß es sich hier im Allgemeinen nicht um öffentliches Wohl handelt. Folglich gerade: statut réel.

Die Modernen machen von der Regel der Personalität eine Ausnahme zu Gunsten der Fideikommisse, Lehen, Bauerngüter ꝛc. Denn hier liegen zwingende Gesetze vor, welche in engster Weise mit dem öffentlichen Wohl verknüpft sind: also statut réel[2]).

Bouhier macht ganz die nämliche Ausnahme zu Gunsten der „successions anomales". Sie sind „fondez sur le bien public", und eben deshalb „personels" (XXX No. 66 ff.,

1) Vergl. z. B. Weiss, Traité élément., p. 332 f.; Laurent, VI p. 225 ff. No. 128 ff.; Fiore, I p. 141 ff. No. 107; Durand, p. 382 ff. No. 186 ff.; Despagnet, Précis, p. 474 ff. No. 486 ff.; Pillet in Clunet, XXI p. 752 f. u. A. m.

2) Vergl. z. B. Laurent, VI p. 248 ff. No. 154, p. 556 ff. No. 327 ff.; Fiore, l. c., Diena in Clunet, XXI p. 258 ff.; besonders auch schon Savigny, S. 306 ff. Laurent spricht hier gar von einer „loi de Dieu" und meint, „la loi divine est la loi réelle par excellence" (VI p. 561 No. 328).

70). Auch das Fideikommißverbot, welches art. 125 der ordonnance von 1629 für die „personnes rustiques" aufgestellt hat, gehört hierher: parce que cette prohibition étant fondée sur une considération publique, elle est personelle" (XXVII No. 92 f.). Vergl. übrigens auch XXV No. 50 ff.

Allein bei manchen Gesetzen — den Deliktsnormen z. B. — ist doch zweifellos, daß sie mit der öffentlichen Ordnung in enger Verbindung stehen, während andererseits es nicht angeht, ihre Wirkung als eine „personale" zu konstruiren. Wie kommt Bouhier über diesen Widerspruch hinweg? Genau mit dem nämlichen Sophisma, welches den modernen Anhängern des ordre public aus der Noth helfen muß (s. oben S. 69 ff.). In solchen Fällen begnügt man sich auf einmal nicht mehr damit — was sonst immer ausreichend erschien — daß ein Gesetz inhaltlich dem öffentlichen Wohl dient; man verlangt etwas Weiteres, man springt von der Sachnorm auf die Anwendungsnorm über und läßt bei diesem Sprung den ganzen ordre public leise unter den Tisch fallen: „Car il est évident qu'en ces sortes de choses les législateurs n'ont porté leurs vûës, que sur les personnes et sur les choses qui étaient soumises à leur autorité." Folglich sind die statuts qui regardent la police und die lois pénales, mögen sie auch dem Gemeinwohl dienen, doch nicht personal und extraterritorial, sondern „statuts réels" (vergl. XXXIII, XXXIV, auch XXVI No. 29).

So hat Bouhier in allen Punkten der modernen Lehre vom ordre public ihr getreues Spiegelbild entgegengehalten.

Schlußbetrachtungen.

§ 23.

Das Resultat unserer Erörterungen ist, daß die ganze Lehre vom ordre public ebenso wie ihr verkleinertes Abbild — diejenige von den „Prohibitivgesetzen“ — auf unhaltbaren Voraussetzungen beruht. Den Gesetzen, welche man unter dieser Kategorie zusammenzufassen pflegt, fehlt jedes einheitliche Band. Sie haben weder ihrem Inhalt nach irgend ein gemeinsames Merkmal, noch in ihrer privatinternationalen Wirkung. Es besteht einerseits keine Möglichkeit, bestimmte Sachnormen als spezifische Gesetze der öffentlichen Ordnung, als streng-zwingende Gesetze für jene Sonderklasse auszuscheiden; es wäre andererseits mit einer solchen Ausscheidung gar nichts erreicht, weil dieselbe uns immer noch über das, worauf es allein ankäme, nämlich über die Kollisionsnorm und die maßgebenden Anknüpfungen, völlig im Dunkeln läßt.

Die Gefahren dieser Doktrin, oder vielmehr dieser Unthätigkeit der Doktrin, für die Praxis sind viel größer, als es zunächst scheint. Der Theoretiker sagt: das Gesetz ist „öffentlicher Ordnung“, also „territorial“. Er hat damit in Wahrheit nichts gesagt und nichts gethan; also, könnte man meinen, nur „lucrum cessans“. Der Richter aber sagt weiter: das Gesetz ist „territorial“, also wende ich es an; das ist „damnum emergens“, und zwar in zweifacher Richtung: es in in sehr vielen Fällen ein falsches Urtheil, und es ist in allen Fällen eine falsche Begründung.

Es ist in sehr vielen Fällen ein falsches Urtheil. Denn sobald man einmal davon ausgeht, man brauche vielfach gar nicht danach zu fragen, unter welchen lokalen

Voraussetzungen das Inlandrecht anzuwenden sei; es genüge schon die Feststellung, daß der Inhalt einer inländischen Sachnorm zwingender Natur sei; so ist man auf der schiefen Ebene angelangt, welche nach dem Gesetz der Trägheit dazu führen muß, den Wirkungskreis des Inlandsrechts weit über seine natürlichen und nothwendigen Grenzen hinaus zu erstrecken. Nichts ist leichter zu begründen, als die Behauptung, irgend ein Gesetz sei aufs engste mit den öffentlichen Interessen verwachsen — ohne dies anzunehmen, setzt der Staat in der Regel die Klinke der Gesetzgebung gar nicht in Bewegung. Der Richter hat es also mit Hülfe dieser Doktrin in der Hand, überall das Inlandrecht anzuwenden, wo nur irgend Neigung dazu besteht[1]). Es ist „menschlich und allzu menschlich", daß er dieser Versuchung weit öfter als wünschenswerth zum Opfer fällt[2]). Fehlgriffe dieser Art, mit

---

1) Wann könnte man das deutsche Recht nicht anwenden mit Begründungen wie: „die deutschen Gerichte sind nicht in der Lage, einen von dem deutschen Gesetz für ungerechtfertigt und verwerflich erachteten Anspruch zuzusprechen"! (R.G., XXIV S. 96).

2) Wir nennen als Beispiele aus der deutschen Praxis hier: die Rechtsprechung des Reichsgerichts bei Ehescheidungen (welche weit über die romanische Praxis hinausgeht; darüber später); bei Schiffskollisionen; die Entscheidungsgründe R.G. V S. 127 ff.; das vom R.G. XXX S. 122 ff. (Seuffert, XLIX Nr. 145) aufgehobene Urtheil des O.L.G. Hamburg und das E. XXXVI S. 331 ff. aufgehobene Urtheil des O.L.G. Köln; der elsässische Revisionsangriff in der oben S. 18 f. citirten Fideikommißsache; die höchst charakteristischen klägerischen Deduktionen in dem von Mittelstein in Böhm, II S. 15 mitgetheilten Alimenteprozeß. Ferner: O.A.G. Celle in Seuffert, VIII Nr. 1; O.A.G. Darmstadt in Seuffert, IX Nr. 1; O.T. Stuttgart, eod. XI Nr. 3; O.T. Stuttgart, eod. XXV Nr. 115; Bolze, Entsch. des R.G., XIII Nr. 20; O.L.G. Hamburg in Böhm, VI S. 436 ff. — Aus der romanischen Praxis sind derartige Beispiele noch leichter herauszugreifen. Als charakteristische Exzesse heben wir hervor: Cassation 23. II. 57, Sirey, 58, 1, p. 293 ff.; Bourges, 28. V. 58, Sirey, 58, 2, p. 332 f.; Bourges,

Methode und Beharrlichkeit geübt, gehören aber zu den allerbedauerlichsten Erscheinungen auf unserem Gebiete. Denn sie bedeuten die Fortdauer der „Gesetzeskollision" mit all ihren Schäden und Verwirrungen auf einem Boden, welcher schon für das Ideal und Ziel alles internationalen Privatrechts, die „Gesetzesharmonie", geebnet war.

Ebenso universell verbreitet und mindestens ebenso schädlich ist das zweite „damnum emergens", die falsche Begründung. Wir hören einfach, das Gesetz ist anzuwenden, weil es öffentlicher Ordnung ist; den wahren Grund seiner Anwendung in concreto hören wir aber entweder gar nicht, oder wir müssen ihn uns aus halben Worten und mit Hülfe von Vermuthungen heraussuchen.

Wir nennen aufs Gerathewohl einige Beispiele aus den verschiedensten Rechtsgebieten:

1) Der englische Vicekanzler Stuart erklärt in dem Fall Brook v. Brook (3 Sm. and G. p. 481 ff., 531): „The law of England, which prohibits the marriage of a

---

4. VIII 74, Clunet, III p. 31; Rouen 5. I. 87, Clunet, XIV p. 183 ff.; Paris 23. III. 88, Clunet, XVI p. 638 ff.; Martinique 18. V. 78, Clunet, V p. 507; Seine 5. IV. 84, Cl. XI p. 521 ff.; Seine 1. III. 81, Cl. VIII p. 432 ff.; Cassation 20. II. 82, Cl. IX p. 90; comm. Tourcoing 3. III. 91, Cl. XIX p. 928 ff.; Seine 28. XI. 91, Cl. XIX p. 712 ff.; Alger 30. VI. 96, Cl. XXIV p. 372 ff., 385; Rouen 10. VIII. 92, Cl. XIX p. 1151 ff.; Seine 13. II. 95, Cl. XXIII p. 1064 ff.; Aix 19. XII. 92 und Cassation 29. V. 94, Cl. XXI p. 135 ff. u. 862 ff.; Boulogne 20. VII. 70, Cl. I p. 309; comm. Seine, aufgehoben durch Paris 4. XII. 77, Cl. V p. 158; Cassation 12. VI. 94, Cl. XXI p. 806 ff.; Boulogne 25. VII. 78, Cl. VII p. 480 ff.; Seine 15. VII 85, Cl. XII p. 450 ff.; Montpellier 11. XI. 95, Cl. XXIII p. 1038 ff.; Trib. Bruxelles 6. V. 85, Cl. XII p. 338 ff. Sodann: Kassationshof Rom 19. IV. 90, Annali della giurispr. 90, 1, p. 220 ff., Appellationshof Rom 9. V. 94, eod. 95, 3, p. 79 ff.; Bologna 27. II. 91, eod. 91, 3, p. 120 ff. und die zu der (entgegengesetzten) Entscheidung, Ancona 11. VII. 88, Annali, 89 p. 322 Anm. 1 gegebenen Citate aus der italienischen Praxis.

widower with the sister of his deceased wife is an integral part of our law and public policy. Therefore, by the established principles of international law, it must have a paramount effect and cannot be evaded by having resort to the laws of any foreign country". Trotz dieser kategorischen Erklärung würde man natürlich sich wohl hüten, die Ehe, die ein Deutscher in Deutschland mit der Schwester seiner verstorbenen Frau geschlossen hätte, für ungültig zu erklären. Es handelt sich nur darum, Engländer, die im Ausland heirathen, dem Verbot zu unterwerfen, während sonst im Allgemeinen die lex loci (nach englischer Anschauung) über die Gültigkeit der Ehe entscheidet.

2) Das Pendant bildet ein Urtheil des Appellhofs Paris vom 13. Febr. 1872 (Sirey, 73, 2, p. 112). Es erklärt den art. 228 Code civil (Wartegebot nach Scheidung) für unbedingt d'ordre public und nimmt deshalb an „que les tribunaux ne sauraient chercher d'équivalent à la sagesse de ces règles dans les dispositions du droit étranger"; — es handelt sich in concreto darum, die fragliche Bestimmung auf Ehen, welche zwischen Ausländern in Frankreich geschlossen werden, anzuwenden.

3) Der österreichische oberste Gerichtshof (Plenar-Entscheidung vom 24. Nov. 1891, Böhm, II S. 396 ff.) erklärt die Bestimmung des österr. bürgerl. Gesetzbuchs, der zufolge Ehen zwischen Katholiken dem Bande nach unauflösbar sind, ohne weiteres für maßgebend, weil es sich um ein „hierlandes aus ethischen Gründen erlassenes zwingendes Verbotsgesetz" handelt (§ 62 A.B.G.B.)[1]. Es dreht sich aber zu-

1) Vergl. auch die Plenar-Entsch. 1. II. 91 u. 6. XII. 91, das Urtheil 20. X. 96, Böhm, II S. 401 ff., III S. 436 ff., VII S. 57 ff.; ferner die Urtheile vom 6. XI. 83, 18. XI. 84 u. 9. III. 86, Glaser-Unger'sche Sammlung, XXI Nr. 9638, XXII Nr. 10250, XXIV Nr. 10962.

nächst nur um die Frage, ob österreichische Katholiken, die in Oesterreich ihre Ehe geschlossen haben, sich in Ungarn gültig scheiden lassen und eine zweite Ehe eingehen können, eventuell nach Aufgabe ihrer Staatsangehörigkeit und Religion; oder in einem anderen Falle um die Frage, ob ausländische geschiedene Katholiken in Oesterreich eine zweite Ehe schließen dürfen[1]).

4) Der Appellhof Brescia (Urtheil vom 4. Nov. 1878, Annali della giurispr., 1879, 4, p. 130 f.) erklärt den Art. 3 des italienischen Gesetzes vom 1. Mai 1866 (welcher den Zwangskurs für die Noten der Nationalbank einführt) als „eminentemente d'ordine pubblico" und aus diesem Grunde gemäß Präl.-Art. 12 des italien. B.G.B. unbedingt anwendbar; — es handelt sich nur darum, jenes Gesetz auf einen Vertrag mit italienischem Erfüllungsort anzuwenden.

5) Das Oberlandesgericht Karlsruhe (Urtheil vom 9. Nov. 1880, Bad. Annalen, XLVII S. 97 ff.) erkennt die durch einen englischen trust geschaffene Unveräußerlichkeit nicht an, weil sie „zwingenden Vorschriften", einem „Fundamentalsatz des inländischen Rechts" widerstreite; — es handelt sich in concreto darum, daß im Inland wohnende Inländer ihren inländischen Gläubigern gegenüber bezüglich im Inland belegener Güter sich auf diese Unveräußerlichkeit nicht berufen können.

Und glücklich noch, wenn wir — wie in den vorstehend gegebenen Beispielen — bei genauerer Nachprüfung und Ueberlegung herausfinden können, welches eigentlich die maßgebende inländische Anknüpfung war, die im Stillen für den Richter bestimmend gewesen ist. Sehr oft ist dies außerordentlich schwer oder nahezu unmöglich, sei es daß

1) Urtheil vom 13. VII. 86, Sammlung, XXIV Nr. 11110.

gleichzeitig eine größere Zahl inländischer Anknüpfungen gegeben waren, ohne daß zu ersehen ist, auf welche es nach der unausgesprochenen Meinung des Richters in erster Reihe ankam; sei es daß wir aus den publizirten Entscheidungsgründen die Anknüpfungen, welche vorlagen, überhaupt nicht erfahren (vergl. z. B. Seine 13. II. 1895, Clunet XXIII p. 1064 ff.). Wozu sie auch nennen, wozu sich mit ihnen beschäftigen? Man braucht sie ja nicht. Der bloße Inhalt des Gesetzes, sein enger Zusammenhang mit der öffentlichen Ordnung genügt, um die Anwendung zu begründen. Und so wird die Theorie an dem Gliede gestraft, mit welchem sie gesündigt hat: sie hat dem Richter eine nichtssagende Doktrin geliefert, und dieser giebt ihr eine nichtssagende Praxis zurück. Sie mag sehen, wie es ihr mit solchem Material gelingt, der Aufgabe gerecht zu werden, die ihr vor allem Anderen obliegt: die im Strome des Lebens schwimmenden Rechtsgebilde aufzufangen und in sichere Hut zu nehmen.

§ 24.

Was man unter den „Gesetzen der öffentlichen Ordnung", der „Vorbehaltsklausel" und ähnl. zusammenzufassen pflegt, ist im Allgemeinen der noch unerkannte und der noch unfertige Theil des internationalen Privatrechts. Jede Ausnahme von einer sonst geltenden Regel, jede speziellere, neu sich bildende Kollisionsnorm, jede Abänderung, Umformung einer bestehenden pflegt eingeführt zu werden mit jenem passe-partout des ordre public[1]). Diese

1) Man könnte dies in ganz interessanter Weise historisch belegen. Besonders dankbare Beispiele liefert — neben der französischen Statutenlehre (vergl. oben § 22) — die englisch-nordamerikanische Praxis. Wir nennen folgende Fälle: Warrender v. Warrender, 2 Cl. and F., p. 488 ff., bes. 531 f.; Fenton v. Livingstone, 3 Macq. H.L., p. 497 ff., bes. 539; Sottomayor v. de Barros 2 P. and D. p. 81 ff.;

Ausnahmen und Schranken der geltenden Kollisionsnormen, diese ihre Umbildungen, Neubildungen, Ergänzungen heißt es zu erkennen und festzustellen. Und es hat dies für jede Einzelmaterie besonders zu geschehen, ist nur möglich auf der Basis von Spezialuntersuchungen. Eine Vorbehaltsklausel allgemeiner Art zu Gunsten streng-zwingender, positiver Gesetze, zu Gunsten von lois d'ordre public etc. giebt es nicht.

Einige Gesichtspunkte für solche Spezialuntersuchungen seien hier noch angedeutet:

---

5 P. and D., p. 94 ff.; Brook v. Brook, 3 Sm and G., p. 481 ff.; 9. H.L., p. 193 ff.; Mette v. Mette, 1 Sw. and Tr., p. 416 ff., bes. 421 ff.; The Sussex Peerage Case, 11 Cl. and F., p. 85 ff., bes. 147; Lolley's Case, Ru. and Ry., p. 237 ff.; M'Carthy v. Decaix, 2 Ry. and My., p. 615 ff.; In re Wilson's trust, L.R. 1 Eq., p. 247 ff.; Shaw v. Gould, L.R. 3. Engl. and Jr. App., p. 55 ff. (bes. Lord Westbury, p. 84); Shaw v. Attorney General, L.R. 2. P. and D., p. 157 ff.; Harvey v. Farnie, L.R. 6. P. and D., p. 35 ff., bes. 46 ff. Sodann (amerikanische): Polydore v. Prince, 1 Ware, p. 406 ff., bes. 408 f.; Olivier v. Townes, 2 Mart. N.S., p. 93 ff.; Burne and Burnside v. Pattonval, 17 La., p. 589 ff. (vergl. dazu auch Story S. 416, p. 576); Prentiss v. Savage, 13 Mass., p. 20 ff.; Ingraham v. Geyer, 13 Mass, p. 146 ff. — In der modernen französischen Rechtsprechung läßt sich diese Funktion des ordre public als Trägers neu entstehender Kollisionsnormen besonders deutlich bei dem Gesetz über die Inhaberpapiere vom 15. VI. 72 verfolgen. Man vergl.: Seine 7. VI. 78, Clunet, V p. 613; 2. VII. 79, Cl. VII p. 196; comm. Marseille 28. VII 79, Cl. VIII p. 108; Seine 3. XII. 81, Cl. IX p. 324 ff.; Paris 21. VIII. 82, Cl. IX p. 548 ff.; Seine 2. II. 83 und Paris 14. XII. 83, Cl. X p. 633 ff.; Cassation 13. II. 84, Cl. XI p. 75; Seine 15. VII. 85, Cl. XII p. 450 ff.; Seine 8. VIII. 85, Cl. XII p. 681 ff.; Lyon 8. VIII. 85, Cl. XV p. 528; comm. Marseille 30. VI. 86, Cl. XVI p. 688 ff.; Seine 3. VI. 90, Cl. XVII p. 703 ff.; Seine 13. XI. 91, Cl. XIX p. 727 ff.; 17. XI. 90, Cl. XXII p. 129 ff.; comm. Seine 1. II. 92, Cl. XIX p. 491 ff.; Seine 10. I. 93, Cl. XX p. 596 ff.; Marseille 14. IV. 93, Cl. XX p. 899 ff. Dazu auch die Aufsätze von Buchère in Clunet, VII p. 260 ff. und VIII p. 26 ff.; Lepelletier, eod. XI p. 29 ff. Vincent, eod. XIII p. 676 ff., XV p. 343 ff.

In der Regel sind Gesetzgebung und Theorie bei der Aufstellung allgemeiner und allgemeinster Kollisionsnormen durchaus nicht mit der nöthigen kritischen Vorsicht zu Wege gegangen. Derartige allgemeine Normen (Grenznormen) sind deshalb als solche einer weitgehenden Restriktivinterpretation unterworfen. Es wohnt ihnen allen etwas Subsidiäres und Relatives inne: subsidiär in dem Sinne, daß innerhalb ihres Herrschaftsgebiets der Bildung abweichender speziellerer Normen nichts im Wege steht; relativ in dem Sinne, daß sie sich nur beziehen auf einen mehr oder weniger bestimmt umschlossenen Kreis von Sachnormen.

Der letztere Gedanke — der Relativität der Grenznormen — ließe sich auch so ausdrücken: die Kollisionsnorm als Grenznorm schöpft ihre Nahrung, lebt und wächst auf einem bestimmt gearteten und gegebenen Boden territorial verschiedener Sachnormen. Die richtige Auslegung irgend einer Grenznorm hat deshalb zur Voraussetzung eine rechtsvergleichende Prüfung jener territorialen Sachnormen, zu deren Kollisionsschlichtung — sit venia verbo — sie gegeben ist. Finden wir etwa bei dieser Prüfung, daß gewisse Sachnormen in den Kreis der Kollisionsnorm nicht hereingehören, so ist damit die privatinternationale Untersuchung für diese Sachnormen nicht etwa beendigt, sondern sie fängt erst an. Wir haben nun zu forschen, welche andere Kollisionsnorm hier gilt.

In Verfolgung des ersteren Gedankens — der Subsidiarität der Grenznormen — wird man cum grano salis viele Resultate der romanischen Schule verwerthen können. Es ist falsch, anzunehmen, daß Gesetze, die von besonders hervorragender Bedeutung für die Gesellschaft sind, als solche zu einer besonderen Klasse von Kollisionsnormen führen. Aber

es ist richtig, daß Sachnormen, welche einen anderen Punkt der gesellschaftlichen Ordnung, als den von einer allgemeinen Kollisionsnorm ins Auge gefaßten, berühren, ihre Anknüpfung in jenem anderen Punkte suchen werden.

Zum Beispiel[1]: Ein Gesetz schreibt vor, „jede nachträgliche Abänderung des Ehevertrags ist unzulässig". Ein anderes Gesetz sagt, „jeder Ehevertrag, welcher eine von der gesetzlichen abweichende Güterordnung einführt, ist in bestimmter Weise öffentlich bekannt zu machen." Beide Gesetze sind imperativ, prohibitiv; beide Gesetze sind erlassen im Interesse der Gesellschaft, und es wird schwer zu entscheiden sein, bei welchem von beiden das gesellschaftliche Interesse in höherem Grade betheiligt ist; bei beiden Gesetzen ist auch das gesellschaftliche Interesse im Wesentlichen der gleichen Art: es handelt sich um den Schutz der Schwachen. Aber im ersten Falle sollen die unerfahrenen und haltlosen Ehefrauen geschützt werden gegen selbstsüchtige Beeinflussungen seitens der stärkeren Ehemänner (vielleicht auch umgekehrt); im letzteren Falle sollen die unerfahrenen und uneingeweihten Gläubiger geschützt werden gegen die möglichen Hintergehungen seitens ihrer verheiratheten Schuldner. Es ist also völlig verkehrt, einfach zu sagen — wie es regelmäßig geschieht — im letzteren Falle liege ein Gesetz öffentlicher Ordnung vor, das absolute Anwendung verlange, im ersteren nicht. In beiden Fällen liegt ein Gesetz öffentlicher Ordnung vor, und keines von beiden verlangt absolute Anwendung. Aber das zweite verlangt eine andere Anknüpfung als das erste, weil das öffentliche Interesse, welches von ihm geschützt werden soll, an einer anderen Stelle liegt.

Wenn man auf diesem Wege weiter geht, erkennt man,

---

1) Vergl. auch oben S. 61 f.

daß ein Gesetz sehr oft gleichzeitig die „öffentliche Ordnung" an verschiedenen Punkten berühren kann. Man wird in solchen Fällen zu Kollisionsnormen mit mehrfachen Anknüpfungen gelangen, eventuell — wo die Berührung in dem einen Punkte stärker ist als in dem anderen — zu primären und subsidiären Anknüpfungen (vergl. unsere Vorbemerkung, oben S. 2 f.). Es ist aber nicht gesagt, daß die Kollisionsnorm immer diese möglichen und vielleicht natürlichen mehrfachen Anknüpfungen aufnehmen wird. In vielen Fällen mag die primäre Anknüpfung allein genügen; man vernachlässigt die subsidiäre Anknüpfung im Interesse der internationalen Gesetzesharmonie. Bei manchen, wenn auch inhaltlich in den nämlichen Kreis von Sachnormen gehörigen Gesetzen zeigt sich aber, daß das zweite gesellschaftliche Interesse stark genug hervortritt, um gebieterisch die Mitberücksichtigung der subsidiären Anknüpfung zu verlangen, sei es auch auf die Gefahr einer „echten Gesetzeskollision". Oder auch es zeigt sich, daß die Vernachlässigung der subsidiären Anknüpfung nur stattfindet zu Gunsten solcher ausländischer Sachnormen, welche mit den inländischen in einer bestimmten näheren oder nächsten Verwandtschaft stehen. Beispiele hierfür werden wir besonders im Ehescheidungsrecht kennen lernen. In solchen Fällen entsteht neben der allgemeinen Kollisionsnorm eine besondere, in der Regel strikte, Ausdehnungsnorm.

Diese und ähnliche Gedanken sind es, welche nach unserer Meinung berufen erscheinen, die Erbschaft der Lehre vom ordre public anzutreten.

II.

Zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Von Geh. Justizrath **August Ubbelohde** in Marburg [1]).

III. Die Hindernisse der bürgerlichen Ehe.

I. Aufschiebende und trennende Hindernisse.

Wie im bisherigen Rechte so berühren auch nach B.G.B. manche Hindernisse den Rechtsbestand der verbotswidrigen Ehe nicht (impedimenta impedientia tantum); die Rechtsfolge ihrer Nichtbeachtung besteht im Ganzen nur darin, den mitwirkenden Standesbeamten, dem hierbei ein Verschulden zur Last fällt, disziplinarischer Bestrafung auszusetzen [2]). Den Ehegatten dagegen, der ein solches Eheverbot verletzt, trifft nur in zwei Fällen ein Rechtsnachtheil, nämlich 1) wenn eine Militärperson oder ein Landesbeamter die erforderliche Erlaubniß der vorgesetzten Behörde nicht eingeholt hat [3]), und 2) wenn Personen, die durch Annahme an Kindesstatt verbunden sind, während des durch die Annahme begründeten Rechtsverhältnisses die Ehe schließen [4]). Im ersten Falle unterliegt der schuldige Theil ebenfalls disziplinarischer Bestrafung; im anderen Falle wird mit der Eheschließung das Rechtsverhältniß aufgehoben,

---

1) S. Bd. 38 S. 211—228.

2) Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung, § 11 Abs. 2.

3) S. unten unter 8 zu Anm. 15 f.

4) S. unten unter 4 zu Anm. 11.

das durch die Annahme zwischen den Ehegatten begründet ist; bei Nichtigkeit der Ehe aber verwirkt der Ehegatte, dem die Gewalt über den anderen zusteht, diese Gewalt, es wäre denn die Ehe nichtig wegen Formfehlers und auch nicht in das Heirathsregister eingetragen [5]).

Bloß aufschiebende Hindernisse sind:

1) Eheunmündigkeit [6]);

2) Mangel der vorgeschriebenen elterlichen Einwilligung [7]).

Die einem volljährigen Kinde verweigerte elterliche Einwilligung kann auf Antrag des Kindes durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden [8]). Nun bedarf ein Kind mit dem vollendeten 21. Lebensjahre der elterlichen Einwilligung zur Ehe überhaupt nicht; Verweigerung und Ersetzung dieser Einwilligung zur Ehe eines volljährigen Kindes hat also nur da Bedeutung, wo die Volljährigkeit nicht durch das Lebensalter gegeben ist, sondern durch Volljährigkeitserklärung, in diesem Falle aber auch für Söhne [9]);

3) außerehelicher Beischlaf des einen Theiles mit einem Ascendenten oder einem Abkömmlinge des anderen Theiles (affinitas illegitima in gerader Linie) [10]). Verwandtschaft im Sinne der Vorschriften des § 1310 besteht aber nach dessen Abs. 3 auch zwischen einem unehelichen Kinde und dessen Abkömmlingen einerseits und dem Vater und dessen Verwandten anderseits; demnach entspringt das Hinderniß der affinitas illegitima auch aus dem außerehelichen Beischlafe des weib-

---

5) § 1771.

6) § 1303 Abs. 1.

7) § 1305 f.

8) § 1308.

9) Irrig beschränkt sie auf Töchter H. Schneider in der Handausgabe des B.G.B. von O. Fischer und W. Henle zu § 1308 Anm. 2.

10) § 1310 Abs. 2.

lichen Theiles mit einem unehelichen Ascendenten oder einem unehelichen Abkömmlinge des anderen Theiles;

4) Fortdauer des durch Annahme an Kindesstatt begründeten Rechtsverhältnisses zwischen den Theilen oder zwischen einem Theile und einem Abkömmlinge des anderen [11]);

5) die Thatsache, daß eine frühere Ehe der Frau erst innerhalb der letzten 10 Monate aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist, wenn nicht die Frau inzwischen geboren hat (Besorgniß der perturbatio sanguinis) [12]);

6) bestehende, jedoch ungültige Ehe eines Theiles [13]);

7) mangelndes Zeugniß des Vormundschaftsgerichtes hinsichtlich der Verpflichtungen eines Theiles in Beziehung auf das Vermögen eines Abkömmlings aus früherer Ehe [14]);

8) Mangel der Erlaubniß, die nach dem Reichsmilitärgesetze für Militärpersonen [15]) und nach den Landesgesetzen für Landesbeamte erforderlich ist [16]); ebenso der Mangel der Erlaubniß oder des Zeugnisses, welche die Landesgesetze für Ausländer vorschreiben [17]);

9) Mangel des erforderlichen Aufgebotes [18]);

10) Rechtshängigkeit der Anfechtungsklage gegen das Urtheil, das den früheren Ehegatten des einen Theils für todt erklärt hat, es wäre denn die Anfechtung erst 10 Jahre nach der Verkündung des Urtheils erfolgt [19]).

---

11) § 1311.

12) § 1313 Abs. 1.

13) § 1309, verbunden mit § 1326, vergl. St.G.B. § 171 und dazu Einführungsgesetz zum B.G.B. Art. 34.

14) § 1314.

15) Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874, § 40, 60 unter 4.

16) § 1315 Abs. 1.

17) § 1315 Abs. 2.

18) § 1316 Abs. 1 und 2.

19) § 1349, vergl. C.P.O. § 385 Abs. 2.

Andere Hindernisse beeinflussen den Rechtsbestand der verbotswidrigen Ehe (impedimenta dirimentia). Diese trennenden Hindernisse sondern sich wiederum in zwei Gruppen. Die Hindernisse der einen Gruppe sollen Wesen und Reinheit der Ehe schützen (impedimenta dirimentia publica): sie machen eine verbotswidrige Ehe nichtig; ihre Geltendmachung steht nicht nur den Ehegatten zu, sondern auch rechtlich betheiligten Dritten, namentlich aber auch dem Staatsanwalte. Die auf einem derartigen Hindernisse beruhende Nichtigkeit der Ehe kann, solange nicht die Ehe für nichtig erklärt worden ist, nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden [20]. Die Hindernisse der zweiten Gruppe haben eine überwiegend private Seite (impedimenta dirimentia privata): sie geben nur ein Anfechtungsrecht und können daher ausschließlich seitens desjenigen Ehegatten geltend gemacht werden, in dessen Person die Anfechtung begründet ist, und zwar, solange nicht die Ehe aufgelöst ist, nur durch Erhebung der Anfechtungsklage [21].

Oeffentliche trennende Hindernisse sind:

1) Geschäftsunfähigkeit, Bewußtlosigkeit oder vorübergehende Störung der Geistesthätigkeit eines der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung [22];

2) gültige Ehe eines Ehegatten mit einem Dritten zu dieser Zeit oder Rechtshängigkeit der Nichtigkeitsklage oder der Restitutionsklage gegen ein Urtheil, durch das die Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist, es müßte denn die Klage erst nach dem Ablaufe der vorgeschriebenen 5-jährigen Frist erhoben worden sein [23].

---

20) § 1329, vergl. C.P.O. § 586 in der beabsichtigten neuen Fassung (Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B. Art. II S. 328).

21) § 1341.

22) § 1325.

23) § 1319, 1326, vergl. C.P.O. § 549 Abs. 2.

Eine Ausnahme bildet jedoch der Fall, daß der für todt erklärte Ehegatte des einen Theiles noch lebt, es wüßten denn beide Ehegatten der neuen Ehe bei der Eheschließung, jener habe die Todeserklärung überlebt[24]);

3) Verwandtschaft oder Schwägerschaft in gerader Linie oder vollbürtige oder halbbürtige Seitenverwandtschaft des zweiten Grades zwischen den Ehegatten[25]).

Als Verwandtschaft gilt in dieser Hinsicht auch das Verhältniß zwischen einem unehelichen Kinde und dessen Abkömmlingen einerseits und dem Vater und dessen Verwandten andererseits[26]);

4) Ehebruch des einen Theiles mit dem andern, wenn dieser Ehebruch in dem Urtheile, durch welches die Ehe des einen Theiles geschieden worden, als Grund der Scheidung festgestellt ist[27]).

Trennende Ehehindernisse, welche nur ein Anfechtungsrecht geben, sind:

1) mangelnde Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Schließung oder Bestätigung der Ehe bei beschränkter Geschäftsfähigkeit zu dieser Zeit[28]);

2) mangelnde Kenntniß bei der Eheschließung davon, daß es sich um eine Eheschließung handle, oder mangelnder Wille, die Erklärung der Eheschließung abzugeben[29]);

3) Irrthum bei der Eheschließung in der Person des an-

---

24) § 1348. Mit der Schließung der neuen Ehe wird die frühere Ehe aufgelöst.

25) § 1310 Abs. 1, § 1327.

26) § 1310 Abs. 3. Leonard Jacobi, Das persönliche Eherecht des B.G.B., S. 33 hält die uneheliche Verwandtschaft in den bezeichneten Fällen für ein bloß aufschiebendes Hinderniß.

27) § 1312, 1328 Abs. 1.

28) § 1331.

§ 1332.

deren Gatten oder über solche persönliche Eigenschaften des anderen Gatten, die bei Kenntniß der Sachlage und verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würden[30]);

4) Bestimmung zur Eingehung der Ehe durch arglistige Täuschung über solche Umstände, die bei Kenntniß der Sachlage in gleicher Weise von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würden. Ist jedoch die Täuschung nicht von dem anderen Ehegatten verübt worden, so ist die Ehe nur dann anfechtbar, wenn dieser bei der Eheschließung die Täuschung gekannt hat. Wegen Täuschung über Vermögensverhältnisse findet die Anfechtung nicht statt[31]);

5) widerrechtliche Bestimmung zur Eingehung der Ehe durch Drohung, einerlei, von wem diese Drohung ausgegangen ist[32]);

6) Unkenntniß davon, daß der für todt erklärte Ehegatte eines Theiles bei Schließung der neuen Ehe noch lebt[33]).

II. Ehehindernisse, die Befreiung zulassen.

Dies sind:

1) Eheunmündigkeit des weiblichen Theiles[34]);

2) Ehebruch[35]);

3) Besorgniß der **perturbatio sanguinis**[36]) und

---

30) § 1333.

31) § 1334.

32) § 1335.

33) § 1350.

34) § 1303 Abs. 2. Beim männlichen Theile kann durch Volljährigkeitserklärung geholfen werden, wenn er das 18. Lebensjahr vollendet hat; § 3.

35) § 1312 Abs. 2. Die nachträglich ertheilte Befreiung hat rückwirkende Kraft, § 1328 Abs. 2.

36) § 1313 Abs. 2.

4) mangelndes Aufgebot[37]).

Die Bewilligung der Befreiung steht hinsichtlich der Hindernisse unter 1 und 3 dem Bundesstaate zu, dem die Frau angehört; hinsichtlich des Hindernisses 2 demjenigen, dem der geschiedene Gatte angehört; für Deutsche aber, die keinem Bundesstaate angehören, hinsichtlich aller dieser Hindernisse dem Reichskanzler; die Befreiung vom Aufgebote endlich demjenigen Bundesstaate, in dessen Gebiete die Ehe geschlossen werden soll.

Ueber die Ertheilung der einem Bundesstaate zustehenden Bewilligung hat die Landesregierung zu bestimmen[38]).

III. Absolute und relative Hindernisse.

Die meisten Ehehindernisse treten nur der Ehe der von ihnen betroffenen Person mit einer bestimmten anderen Person entgegen (relative Hindernisse); einige wenige aber verhindern die Ehe der betroffenen Person überhaupt (absolute Hindernisse).

Solche absolute Hindernisse sind nach B.G.B:

1) Geschäftsunfähigkeit, Zustand der Bewußtlosigkeit oder vorübergehende Störung der Geistesthätigkeit[39]);

2) Eheunmündigkeit[40]);

3) bestehende Ehe[41]) und

4) Besorgniß der perturbatio sanguinis[42]).

Alle übrigen Hindernisse sind nur relative.

---

37) § 1316 Abs. 3.
38) § 1322.
39) § 1325.
40) § 1303.
41) § 1309.
42) § 1313.

IV. Die Fälle der Altersvormundschaft.

Ein Minderjähriger erhält einen Vormund, a) wenn er nicht unter elterlicher Gewalt steht, b) wenn die Eltern zu seiner Vertretung weder in seinen persönlichen Angelegenheiten berechtigt sind, noch in den sein Vermögen betreffenden, c) wenn sein Familienstand nicht zu ermitteln ist, z. B. weil er ein Findelkind ist[1]).

Die letzte dieser drei Voraussetzungen (c) bedarf keiner Erörterung; nicht so einfach dagegen erscheinen die beiden anderen.

Zu a) Ein Minderjähriger steht nicht unter elterlicher Gewalt:

1) wenn beide Eltern todt oder für todt erklärt sind[2]).

Ist es nur der Vater, so steht der Mutter bis zu ihrer Wiederverheirathung die elterliche Gewalt zu[3]);

2) wenn der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat, während die Ehe besteht[4]). Ist die Ehe aufgelöst, so steht der Mutter die elterliche Gewalt zu[5]);

3) wenn die Ehe aufgelöst ist, und beide Eltern die elterliche Gewalt verwirkt haben[6]);

4) wenn der Vater todt oder für todt erklärt ist, die Mutter aber sich wieder verheirathet hat[7]).

---

1) § 1773.
2) § 1679 Abs. 1, 1684 Abs. 1 unter 1, § 1676.
3) § 1684 Abs. 1 unter 1, § 1697.
4) § 1680, 1684 Abs. 1 unter 2.
5) § 1684 Abs. 1 unter 2.
6) § 1684 Abs. 1 unter 2, § 1686, verbunden mit 1680.
7) § 1684 Abs. 1, 1697. In der Handausgabe des B.G.B. von O. Fischer und W. Henle zu § 1773 Anm. 2 ist dieser Fall übergangen.

5) wenn der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat, und die Ehe gelöst ist, die Mutter aber sich wieder verheirathet hat[8]);

6) wenn der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat, die Mutter aber todt oder für todt erklärt ist[9]);

7) wenn das Vormundschaftsgericht dem Inhaber der elterlichen Gewalt nicht nur die Sorge für die Person und für das Vermögen des Kindes, sondern auch die Nutznießung an diesem Vermögen, m. a. W. die elterliche Gewalt, entzogen hat[10]). War dieser Inhaber der Vater, so tritt nicht etwa die elterliche Gewalt der Mutter ein.

Zu b) Die Eltern sind zur Vertretung des Minderjährigen weder in seinen persönlichen Angelegenheiten berechtigt, noch in den sein Vermögen betreffenden:

1) wenn die elterliche Gewalt des Vaters ruht[11]), und entweder die Mutter nicht mehr lebt, oder die Ehe aufgelöst, aber die Ausübung der Gewalt der Mutter nicht übertragen ist[12]);

2) wenn die elterliche Gewalt der Mutter ruht[13]);

3) wenn das Vormundschaftsgericht dem Inhaber der elterlichen Gewalt zwar nicht diese entzogen hat, wohl aber die Sorge für die Person des Kindes und die Verwaltung von dessen Vermögen[14]).

---

8) § 1680, 1684 Abs. 1 unter 2 § 1697. Auch dieser Fall fehlt a. a. O.

9) § 1620, 1684 Abs. 1 unter 2, § 1686. Auch dieser Fall fehlt a. a. O.

10) § 1666.

11) § 1676 f.

12) § 1685.

13) § 1676 f., 1696.

14) § 1666 Abs. 1, 1670.

V. Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zu einseitigen Rechtsgeschäften des Vormundes. Zu B.G.B. § 1831.

Der erste Entwurf § 1681 Abs. 1 und 2 sagte darüber:

„Ist zu einem Rechtsgeschäfte die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erforderlich, so kann diese Genehmigung im voraus nur gegenüber dem Vormunde erklärt werden."

„Ist das Rechtsgeschäft ohne diese Genehmigung vorgenommen, so ist das einseitige Rechtsgeschäft nichtig" rc.

Im Bestreben nach systematischer Vollständigkeit hat der zweite Entwurf gemäß seinem § 85 (B.G.B. § 111) den mitgetheilten Absatz 2 dahin ergänzt:

„Ein einseitiges Rechtsgeschäft, welches der Vormund ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vornimmt, ist unwirksam. Nimmt er mit dieser Genehmigung ein solches Rechtsgeschäft einem Anderen gegenüber vor, so ist es unwirksam, wenn die Genehmigung nicht in schriftlicher Form vorgelegt und das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde von dem Anderen unverzüglich zurückgewiesen wird."

Diese Umgestaltung ist mit sachlich unerheblichen Fassungsänderungen[1]) in die Reichstagsvorlage § 1807 und in B.G.B. § 1831 übergegangen.

Die einseitigen Rechtsgeschäfte, zu denen nach § 1822 der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf, sind nun die folgenden:

1) Ausschlagung einer Erbschaft;

2) Ausschlagung eines Vermächtnisses[2]);

---

1) Das statt welches; der Vormund st. er; das Rechtsgeschäft st. es; wenn der Vormund die Genehmigung nicht — vorlegt st. wenn die Genehmigung nicht — vorgelegt wird; und der Andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist st. und das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde von dem Anderen unverzüglich zurückgewiesen wird.

2) Diese Vorschriften (1 u. 2) giebt § 1822 unter 2.

3) Ausstellung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber;

4) Eingehung einer Verbindlichkeit aus einem Wechsel oder einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann[3]).

Die Ausschlagung einer Erbschaft aber erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte[4]); die Ausstellung eines Inhaberpapieres verpflichtet als solche ohne jede Erklärung gegenüber einem bestimmten Dritten[5]); das Gleiche wird gemäß der hiernach im B.G.B. für das Inhaberpapier angenommenen Kreationstheorie auch für die Verpflichtung durch Unterschrift eines Orderpapieres gelten müssen. So bleibt denn als einseitiges, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürftiges, Rechtsgeschäft, das einem Anderen gegenüber erklärt werden muß, die Ausschlagung eines Vermächtnisses; sie geschieht durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten.

Es wird jedoch kaum oft vorkommen, daß der Beschwerte die ihm durch den Vormund erklärte Ausschlagung eines Vermächtnisses aus dem Grunde zurückweist, weil der Vormund die, in der That ihm ertheilte, Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes nicht in schriftlicher Form vorgelegt hat.

Ebenso überflüssig wie § 1831 Satz 2 ist selbstverständlich dessen Bezugnahme in § 1643 Abs. 3 hinsichtlich einseitiger Rechtsgeschäfte, die der Inhaber der elterlichen Gewalt für das Kind vornimmt[6]).

---

3) Diese Vorschriften (3 u. 4) giebt § 1822 unter 9.

4) § 1945.

5) § 793 f.

6) Eine Verwechselung zwischen einem einseitig verpflichtenden Vertrage und einem einseitigen Rechtsgeschäfte ist es, wenn H. Schneider in der Handausgabe von O. Fischer und W. Henle zu § 1831 Anm. 1 die Uebernahme einer Bürgschaft als ein einseitiges Rechtsgeschäft aufführt, zu dem der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfe.

VI. Pflichttheilsrecht entfernterer Verwandten. Zu B.G.B. § 2309.

B.G.B. § 2309 lautet:

„Entferntere Abkömmlinge und die Eltern des Erblassers sind insoweit nicht pflichttheilsberechtigt, als ein Abkömmling, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, den Pflichttheil verlangen kann oder das ihm Hinterlassene annimmt."

Hiernach sind die entfernteren Personen niemals pflichttheilsberechtigt, wenn der nächste Abkömmling ohne Angabe eines gesetzlichen Entziehungsgrundes oder unter Angabe eines nicht erweislichen Grundes ausdrücklich oder stillschweigend von der Erbfolge ausgeschlossen oder auf weniger als die Hälfte seines gesetzlichen Erbtheils eingesetzt ist. Denn in diesen Fällen kann er von dem Erben den Pflichttheil verlangen, und zwar in den Fällen der Ausschließung die Hälfte des Werthes seines gesetzlichen Erbtheils, im Falle zu geringer Bedenkung den Werth des an der Hälfte fehlenden Theils[1]). Ein Pflichttheilsrecht entsteht hier für die entfernteren Personen auch dann nicht, wenn jener Abkömmling von dem seinigen keinen Gebrauch macht: um ihnen jeden Pflichttheilsanspruch abzuschneiden, genügt die Thatsache, daß jener den Pflichttheil verlangen kann.

Ebenso haben die entfernteren Personen niemals Pflichttheilsrecht, wenn jener Abkömmling auf mehr als die Hälfte seines gesetzlichen Erbtheils eingesetzt ist, jedoch beschränkt durch die Einsetzung eines Nacherben, oder umgekehrt durch die eigene Einsetzung als Nacherbe, oder durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Theilungsanordnung, oder beschwert mit einem Vermächtnisse oder einer Auflage. Denn

---

1) § 2303 Abs. 1, § 2305 vbd. mit § 2333, § 2335.

nimmt er das ihm Hinterlassene ungeachtet der Beschränkung oder der Beschwerung an, so schneidet er damit das Pflichttheilsrecht der entfernteren Personen ab[1a]); schlägt er aber den Erbtheil aus, so hat er selbst dadurch den Pflichttheilsanspruch erlangt[2]).

Ferner haben die nachstehenden Personen niemals Pflichtheitsrecht, wenn der nächste Abkömmling mit einem Vermächtnisse bedacht ist. Denn wenn er das Vermächtniß ausschlägt, so kann er selbst den vollen Pflichttheil verlangen. Schlägt er aber das Vermächtniß nicht aus, so ist ihm damit der Pflichttheilsanspruch so weit abgeschnitten, als der Werth des Vermächtnisses reicht; und zwar bleiben nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes bei der Berechnung dieses Werthes die Beschränkungen außer Betracht, welche in der Befristung des Vermächtnisses liegen oder in der befristeten oder bedingten Anordnung eines weiteren Vermächtnisses des vermachten Gegenstandes, und ebenso die Beschwerungen durch Vermächtnisse und Auflagen[2a]). Soweit jedoch durch das

---

1a) Entw. I § 1981 Abs. 2 sagt ausdrücklich: „Wird die Erbschaft nicht ausgeschlagen, so steht dem Pflichttheilsberechtigten ein Pflichttheilsanspruch nur insoweit zu, als sein Erbtheil die Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles nicht erreicht; auch kommt bei Berechnung des Pflichttheiles der nicht ausgeschlagene Erbtheil als nicht beschränkt, nicht beschwert und nicht belastet in Rechnung." Im Entw. II § 2172 ist dieser Satz gestrichen, weil überflüssig. Und dabei hat es in der Bundesrathsvorlage wie im B.G.B. selbst sein Bewenden gehabt.

2) § 2306 Abs. 1, Satz 2 Abs. 2 (s. nächste Anm.).

2a) § 2307 Abs. 1. Es heißt hier: „Bei der Berechnung des Werthes bleiben Beschränkungen und Beschwerungen der im § 2306 bezeichneten Art außer Betracht." § 2306 aber sagt Abs. 1: „Ist ein als Erbe berufener Pflichttheilsberechtigter durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder einer Theilungsanordnung beschränkt oder ist er mit einem Vermächtniß oder einer Auflage beschwert, so gilt die Beschränkung oder die Beschwerung als nicht angeordnet, wenn der ihm hinterlassene Erbtheil die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils nicht übersteigt."

nicht ausgeschlagene Vermächtniß der Pflichttheil des nächsten Abkömmlings nicht gedeckt ist, steht diesem selbst der Anspruch auf den fehlenden Werthbetrag zu.

Endlich haben die nachstehenden Personen auch dann niemals Pflichttheilsrecht, wenn der nächste Abkömmling zugleich auf einen Erbtheil eingesetzt ist, der geringer ist, als sein Pflichttheil, und mit einem Vermächtnisse bedacht ist, das für sich allein den Pflichttheil nicht deckt. Lehnt er beide Zuwendungen ab, so kann er selbst den vollen Pflichttheil verlangen; nimmt er dagegen beide an, so ist sein Pflichttheilsanspruch so weit befriedigt, als sie ihn decken; und das Gleiche gilt, wenn er die eine Zuwendung annimmt, die andere ablehnt, hinsichtlich der angenommenen.

Umgekehrt sind die entfernteren Personen schlechthin pflichttheilsberechtigt, wenn jenem nächsten Abkömmlinge unter Angabe eines erweisbaren gesetzlichen Grundes der Pflichttheil völlig entzogen ist[3]). Denn hier kann er weder den Pflichttheil verlangen, noch etwas ihm Hinterlassenes annehmen.

Ebenso sind die entfernteren Personen schlechthin pflichttheilsberechtigt, wenn die Erbunwürdigkeit jenes nächsten Abkömmlings mit Erfolg geltend gemacht ist[4]). Denn kraft der Erklärung der Erbunwürdigkeit gilt jeder Anfall an den Erb-

---

Abs. 2: „Einer Beschränkung der Erbeinsetzung steht es gleich, wenn der Pflichttheilsberechtigte als Nacherbe eingesetzt ist.“ Von den hier aufgezählten Beschränkungen finden die Ernennung eines Testamentsvollstreckers und eine Theilungsanordnung auf die Bedenkung mit einem Vermächtnisse überhaupt keine Anwendung; die Einsetzung als Nacherbe findet ihr Gegenstück in jeder Befristung des Vermächtnisses, und die Einsetzung eines Nacherben das ihrige in der befristeten oder bedingten Anordnung eines weiteren Vermächtnisses des vermachten Gegenstandes. Demnach ist die Bezugnahme des § 2307 auf § 2306 nicht eben geschickt: es würde genügt haben, ganz allgemein von Beschränkungen und Beschwerungen zu reden.

3) § 2333.

4) §§ 2340, 2344, 2345 Abs. 2.

unwürdigen als nicht erfolgt; somit ist er auch von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen und schließt demnach seinerseits im Falle dieser Erbfolge entferntere Personen nicht aus: also steht er laut § 2309 deren Pflichttheilsrechten niemals entgegen.

Schlechthin pflichttheilsberechtigt sind ferner die Eltern des Erblassers, wenn der Abkömmling des letzteren, der sie von dessen gesetzlicher Erbfolge ausschließen würde, auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet hat, und dieser Verzicht der Regel zufolge auch für seine Abkömmlinge wirkt [5]); und nicht minder sind es die eigenen Abkömmlinge des verzichtenden Abkömmlings, wenn dessen Verzicht infolge besonderer Vereinbarung für sie nicht mitwirkt. Denn durch seinen Verzicht ist der nächste Abkömmling von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen [6]); demnach steht er gemäß § 2309 auch in diesem Falle unter keinerlei Umständen dem Pflichttheilsrechte entfernterer Personen entgegen.

Endlich haben bei einem bloßen Verzichte auf das Pflichttheilsrecht als solches die Eltern des Verzichtenden (und sofern ausnahmsweise der Verzicht für die entfernteren Abkömmlinge nicht wirkt, auch diese) schlechthin Pflichttheilsrecht, wenn dem Verzichtenden gar nichts hinterlassen ist. Denn den Pflichttheil kann er seines Verzichtes wegen nicht verlangen, und es ist ihm auch nichts hinterlassen, das er annehmen könnte.

In anderen Fällen hängt das Pflichttheilsrecht der Entfernteren vom Verhalten des nächsten Abkömmlings ab.

Dieses Verhältniß liegt zunächst dann vor, wenn jener Abkömmling auf die Hälfte oder auf einen größeren Theil seines gesetzlichen Erbtheils ohne Beschränkungen und Beschwerungen eingesetzt ist, oder zwar nur auf die Hälfte dieses

5) § 2349.

6) § 2346 Abs. 1.

Erbtheils, aber unter Beschränkungen oder Beschwerungen, die eben deshalb als nicht angeordnet gelten [7]). Hier kann er selbst freilich den Pflichttheil nicht verlangen; es bekommen aber jene entfernteren Personen Pflichttheilsrecht, wenn er die Erbschaft ausschlägt [8]).

---

7) § 2306 Abs. 1 Satz 1 (s. oben Anm. 2a).

8) Strohal, Das deutsche Erbrecht nach dem B.G.B. rc., S. 73 f., bemerkt hierzu: „Offenbar hat man es auch hier wieder mit einer aus der Subtilität der Fassung des § 2309 entspringenden überfeinen und sachlich ganz und gar ungerechtfertigten Entscheidung zu thun." Küntzel, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, 6. Folge, Jahrg. 1, S. 451 f., hält dem entgegen, es erscheine doch als durchaus angemessen, daß der für den Fall des Nichtkönnens, also namentlich auch der für den Tod des an erster Stelle Eingesetzten vor dem Erbfalle ernannte Ersatzerbe im Zweifel zugleich für den Fall des Nichtwollens berufen ist; ähnlich rücke bei der gesetzlichen Erbfolge der Nachstehende nicht nur dann an die Stelle des vor ihm Stehenden, wenn dieser vor dem Erblasser verstorben ist, sondern auch dann, wenn er ausschlägt: weshalb sollte es nun so verfehlt sein, in beiden Fällen den nachstehenden Personen ein Pflichttheilsrecht zu gewähren, m. a. W. die Testirfreiheit des Erblassers zu beschränken? Bei dieser Erwägung ist indessen völlig ungewürdigt geblieben, daß ein jedes der drei neben einander gestellten Verhältnisse eine ganz verschiedenartige Beziehung zum Willen des Erblassers bietet: bei der Ernennung eines Ersatzerben handelt es sich um die Ergänzung einer unvollständigen Erklärung des Willens gemäß einer nahe liegenden Vermuthung; für das Nachrücken der entfernteren Personen bei der gesetzlichen Erbfolge kommt der Wille des Erblassers überhaupt nicht in Betracht; das in § 2306 eingeführte Nachrücken der Pflichttheilsberechtigten endlich zieht dem Willen des Testators eine Schranke, welche außerhalb der Anschauung des Nichtjuristen liegt. Denn so natürlich es in sein Bewußtsein tritt, daß er für den Fall vorzeitigen Todes des nächsten Pflichttheilsberechtigten den entfernteren zu bedenken hat, ebenso natürlich ist ihm umgekehrt die Meinung, er habe für den Fall, daß der nächste ihn überlebt, durch dessen gehörige Bedenkung dem Gesetze genügt. Und in der Nichtbeachtung dieser natürlichen Anschauung steckt der Fehler des Gesetzes: es ist in der That ein sehr erkünsteltes Verlangen, der Testator solle die Laune des nächsten Pflichttheilsberechtigten in Rechnung stellen, die diesen etwa zur Ausschlagung des ihm angebotenen ausreichenden Bruchtheiles einer guten Erbschaft veranlassen möchte. Demgegenüber rechtfertigt sich solches Verlangen sicherlich nicht

Nicht minder bekommen die Eltern eines Erblassers, dessen nächster Abkömmling lediglich auf das Pflichttheilsrecht als solches, nicht auf sein gesetzliches Erbrecht überhaupt, verzichtet hat (und, sofern ausnahmsweise der Verzicht für seine eigenen Abkömmlinge nicht wirkt, auch diese), dann volles Pflichttheilsrecht, wenn jener das ihm Hinterlassene ausschlägt. Und das Gleiche tritt für die entfernteren Personen ein, wenn der Erblasser dem nächsten Abkömmlinge, dem er den Pflichttheil hätte entziehen können, unter Angabe des Entziehungsgrundes eine Zuwendung gemacht hat, die geringer ist, als dessen Pflichttheil, und jener diese Zuwendung ausschlägt.

Bestritten aber ist es, welche Behandlung nach § 2309 einzutreten hat, wenn jener Abkömmling nur auf sein Pflichttheilsrecht verzichtet, oder wenn er die Entziehung des Pflichttheils verdient hat und eine ihm gemachte Zuwendung annimmt, die geringer ist als sein Pflichttheil.

Nach Strohal[9]) ist hier der Pflichttheilsanspruch der entfernteren Personen völlig abgeschnitten; nach Küntzel[10])

durch die gesuchte Besorgniß (Küntzel a. a. O. S. 452 unten), es könne sonst einmal der nächste Pflichttheilsberechtigte, der für erbunwürdig erklärt zu werden fürchtet, das Pflichttheilsrecht der nachstehenden Berechtigten dadurch vereiteln, daß er die Erbschaft ausschlägt. — Uebrigens wollen wir doch auch anderseits zweierlei nicht übersehen. Zunächst enthält die Ernennung des entfernteren Pflichttheilsberechtigten zum Ersatzerben für den Fall, daß der nächste vor dem Erblasser versterben werde, meist zugleich seine Ernennung zum Ersatzerben für den Fall, daß dieser die Erbschaft ablehnen sollte. Sodann hat die Verletzung des Pflichttheilsrechtes nach B.G.B. bei weitem nicht die unliebsamen Folgen, wie nach römischem Rechte. Während nämlich die querela inofficiosi testamenti das Testament, soweit es ihr ausgesetzt ist, völlig umstößt, und ein Verstoß gegen Nov. 115 immerhin die Erbeinsetzungen durch Berufung der gesetzlichen Erben beseitigt, gewährt B.G.B. zum Schutze des Pflichttheilsrechtes nur eine Geldforderung gegen den Erben.

9) a. a. O. S. 72 f.

10) a. a. O. S. 450 f.

mindert er sich nur um den Betrag der von jenem angenommenen Zuwendung.

Für die letztere Ansicht darf man freilich nicht die Motive zum ersten Entwurfe § 1983 S. 402f. anrufen. Allerdings betrachten sie es als selbstverständlich, „daß, wenn der Erblasser den Pflichttheil, obschon er dazu berechtigt ist, einem Abkömmlinge nicht gänzlich, sondern nur theilweise entzogen hat, ... der Pflichttheil der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern um den dem ersteren Abkömmlinge belassenen Theil des Pflichttheils sich mindert". Allein sie fallen für die Auslegung unseres § 2309 überhaupt nicht ins Gewicht. Denn in völligem Einklange mit ihnen hielt der erste Entwurf es für nicht erforderlich, für diesen Fall (und ebenso für den Fall des Verzichts auf den Pflichttheil als solchen), überhaupt etwas vorzuschreiben; in jenem, dem § 2309 entsprechenden, § 1983 heißt es einfach:

> „Ist für einen Abkömmling des Erblassers der Pflichttheilsanspruch begründet oder infolge einer Zuwendung ausgeschlossen, so steht den Abkömmlingen dieses Abkömmlings sowie den Eltern des Erblassers ein Pflichttheilsrecht nicht zu."

Einwandfrei dagegen scheint die Begründung, welche Küntzel seiner Ansicht in der Bemerkung giebt, daß § 2309 das Pflichttheilsrecht der nachstehenden Personen nicht ausschließt, wenn, sondern nur insoweit, als der nächste Akömmling das ihm Hinterlassene annimmt.

Gleichwohl bleibt auch dieser Begründung gegenüber ein Bedenken zu überwinden.

Ohne Frage hat im Gegensatze zur Konjunktion „wenn" die Konjunktion „insoweit" distributive Bedeutung. Allein anderseits läßt sich auch nicht leugnen, daß sie keineswegs stets im Gegensatze zu jener Konjunktion steht, vielmehr nicht selten in völlig gleichem Sinne mit ihr gebraucht wird. Welche beider

Bedeutungen ihr im Einzelfalle wirklich zukommt, das ist nur nach Lage des Falles festzustellen.

Und gerade in unserem Falle drängt sich eine Erwägung auf, welche ihr die Bedeutung eines einfachen „wenn" aufzunöthigen scheint.

„Faßt man das „insoweit" für die beiden erst erwähnten Fälle in distributivem Sinne auf, so muß dies", möchte man meinen, „auch für den Fall geschehen, daß der nähere Abkömmling einen ihm hinterlassenen Erbtheil annimmt, der an sich zwar größer ist, als sein Pflichttheil, aber infolge einer ihm auferlegten Beschränkung oder Beschwerung an Werthe hinter diesem zurückbleibt. Dies jedoch entspricht gewiß nicht der Absicht des Gesetzes, wie sie der erste Entwurf § 1981 Abs. 2 Satz 2 zum Ausdrucke brachte, indem er erklärte, bei der Berechnung des Pflichttheils komme der nicht ausgeschlagene Erbtheil als nicht beschränkt, nicht beschwert und nicht belastet in Rechnung [11]). Freilich haben die späteren Bearbeitungen jenen Satz gestrichen; allein sie haben das nicht etwa gethan, um dem Pflichttheilsberechtigten auch in diesem Falle den vollen Werth des Pflichttheils zu gewähren, vielmehr gerade umgekehrt, weil sie es für überflüssig hielten, ausdrücklich zu sagen, daß er bei Annahme seines Erbtheils sich mit dessen etwa geringerem Werthe zu begnügen habe. Indem also das Gesetz ihm die Befugniß läßt, den Pflichttheil zu verlangen, *wenn* er den ihm zugewendeten Erbtheil ausschlägt, schließt es zugleich den Pflichttheilsanspruch völlig aus, *wenn* er den Erbtheil annimmt, nicht nur *insoweit* der Werth de Zuwendung den Pflichttheil deckt. Allerdings würde die Anwendung des § 2309 auf diesen Fall abgeschnitten sein, wenn der erwähnte Satz aus dem ersten Entwurfe in das B.G.B. über-

11) S. oben Anm. 1a.

gegangen wäre. In der That aber ist jener Satz gestrichen: der § 2309, somit durch keine besondere Vorschrift beschränkt, ist demnach auch hier zur Anwendung zu bringen. Muß jedoch sein „insoweit" in dem einen Falle als einfach bedingend verstanden werden, so darf ihm sicherlich auch in den übrigen Fällen die distributive Bedeutung nicht gelassen werden, die ihm eben nur im Zweifel innewohnt. Den entfernteren Personen ist vielmehr in jedem Falle jedes Pflichttheilsrecht abzusprechen, wenn der bei der gesetzlichen Erbfolge ihnen vorgehende Abkömmling des Erblassers das ihm Hinterlassene annimmt."

Müßten wir die Richtigkeit dieses Einwurfs gelten lassen, so wäre fürwahr das Ergebniß des § 2309 wenig befriedigend.

Gewiß ist es durchaus zweckmäßig, daß das Gesetz dem Pflichttheilsberechtigten ohne weiteres [12]) die Wahl gewährt zwischen seinem vollen Pflichttheile und dem ihm hinterlassenen größern Erbtheile mit dessen Beschränkungen und Beschwerungen. Läßt er sich diese Beschränkungen und Beschwerungen gefallen, so geht das keinen Dritten an: außer ihm selbst hat Niemand irgend einen Anspruch auf den ihm gebührenden Pflichttheil.

Wesentlich verschieden dagegen ist das Verhältniß in den beiden anderen Fällen.

Der Verzicht des nächsten Abkömmlings auf sein Pflichttheilsrecht, der ihm sein gesetzliches Erbrecht nicht entzieht, gewährt eben aus diesem Grunde den Eltern (und, sofern jener Verzicht für die eigenen Abkömmlinge des Verzichtenden nicht

12) Im Gegensatze zum gemeinen Rechte, nach welchem diese Wahl nur stattfindet kraft der Anordnung des Erblassers, der sog. cautela Socini, ohne solche Anordnung aber jede Beschränkung oder Beschwerung des Pflichttheils nichtig ist.

wirkt, den letzteren) ein Pflichttheilsrecht noch nicht; ein solches bekommen sie erst kraft der weiteren Thatsache, daß entweder jenem ein der Hälfte seines gesetzlichen Erbtheils entsprechender Betrag nicht hinterlassen ist, oder daß er das ihm Hinterlassene nicht annimmt. Als folgerichtig erscheint es demnach, daß, wenn er das ihm Hinterlassene annimmt, der Umfang ihres Pflichttheilsrechtes durch den Betrag bestimmt werde, der ihm hinterlassen ist.

Eine Verfehlung des nächsten Abkömmlings, die dem Erblasser gestattet, jenem den Pflichttheil zu entziehen, giebt den entfernteren Verwandten nur so weit Pflichttheilsrecht, als der Erblasser von dieser Befugniß mit Erfolg Gebrauch macht. Bedenkt er jenen Abkömmling mit weniger als der Hälfte seines gesetzlichen Erbtheils, so müßte sich folgerecht also der Pflichttheilsanspruch der entfernteren Personen um den Betrag der Zuwendung vermindern. Selbstverständlich aber hat das nur dann Bedeutung, wenn jener die Zuwendung annimmt. Denn schlägt er sie aus, so kann das Verhältniß der entfernteren Personen sich nicht ungünstiger gestalten, als es geschieht, wenn der nächste Abkömmling den ihm hinterlassenen Erbtheil ausschlägt, der seinen Pflichttheil völlig deckt.

In der That ist nun aber die verschiedene Behandlung, welche nach dieser Ausführung die verschiedenen Fälle vom Gesetzgeber erheischen, ihnen durch § 2309 gar nicht entzogen.

Auch nach der Fassung des 2306 Abs. 1 Satz 2 steht dem Pflichttheilsberechtigten, der auf einen seinen Pflichttheil übersteigenden Erbtheil eingesetzt, jedoch durch eine Anordnung des Erblassers beschränkt oder beschwert ist, wenn er den Erbtheil nicht ausschlägt, eben deshalb keinerlei Pflichttheilsanspruch zu, weil er als völlig befriedigt gilt, m. a. W. weil es so angesehen wird, als ob das ihm Hinterlassene ungeachtet der Beschränkungen und Beschwerungen seinen Pflichttheil decke.

Gesagt ist es allerdings in § 2306 nicht, daß bei der Berechnung des ihm hinterlassenen Werthes die Beschränkungen und Beschwerungen außer Betracht bleiben; es versteht sich indessen, vollends im Hinblick auf § 2307 Abs. 1 a. E.[13]), von selbst.

Somit kommt § 2309 auf diesen Fall überhaupt nicht zur Anwendung, folglich auch nicht die durch solche Anwendung gebotene Deutung des „insoweit" als „wenn". Demnach wird in den Fällen, auf die § 2309 Anwendung erleidet, das „insoweit" unbeanstandet in distributivem Sinne zu nehmen sein.

Einfacher übrigens würde es gewesen sein, wenn § 1981 Abs. 2 des ersten Entwurfs nicht gestrichen, und dessen § 1983 nicht durch § 2309 ersetzt worden wäre[14]).

VII. Theilbarkeit des Besitzes.
Zu B.G.B. § 432.

Theilbar heißt ein dingliches Recht, sofern es die gleichzeitige Theilnahme Mehrerer so zuläßt, daß ihr Theilnahmeverhältniß sich in der einen oder der anderen Beziehung nach Bruchtheilen bestimmt. Und zwar sind es zwei Beziehungen, in denen dies geschehen kann:

1) sofern das Recht den Bezug von Aufkünften der Sache zu freier Verfügung des Berechtigten gewährt[1]); und

13) S. oben Anm. 2a.

14) A. M. Küntzel, a. a. O. S. 451 in Beziehung auf den zweiten Punkt.

1) Kann der Bezugsberechtigte über die ihm zukommenden Aufkünfte nicht frei verfügen, sie namentlich nicht gegen Geld umsetzen oder verrechnen, so bewirkt der Bezug die Möglichkeit der Theilnahme Mehrerer nach Bruchtheilen nicht. So ist es mit dem usus des römischen Rechtes: wo er den Bezug von Aufkünften gewährt, da beschränkt sich dieser auf den persönlichen Bedarf des Berechtigten, gestattet nicht den Umsatz. Auch der Bezug des Düngers von einer Schafherde kraft des usus (l. 12 § 2 D. de usu et habit. 7. 4) ist nicht nach Bruchtheilen theilbar, wie ich früher

2) sofern es gestattet, seinen Gegenstand gegen Geld umzusetzen oder zu verrechnen [2]).

(Die Lehre von den untheilbaren Obligationen, Hannover 1862, S. 15) behauptet habe: dieser Bezug läßt sich nur mittels des Hürdenschlages auf einem Grundstücke des Berechtigten ausüben; er gestattet deshalb eine nach Bruchtheilen bestimmbare Theilnahme mehrerer Eigenthümer des herrschenden Grundstücks gerade so wenig, wie eine Prädialservitut, die den Bezug von Erzeugnissen des dienenden Grundstücks zwecks Verwendung für das herrschende gewährt, z. B. eine Weide- oder eine Holzgerechtsame, eine Servitut auf Entnahme von Sand, Kalk rc. zu Bauten. Und nicht minder ist eine derartige Theilnahme ausgeschlossen für mehrere Usuare, deren jeder auf einem ihm ausschließlich gehörenden Grundstücke den Pferch ausübt. Auch die Prädialservitut auf das Graben von Thon zur Anfertigung von Gefäßen, in denen die Erzeugnisse des herrschenden Grundstückes versendet werden (l. 6 pr. D. de S. Pr. R. 8, 3), läßt nicht, wie ich ebenfalls angenommen habe (a. a. O. S. 11 f.), eine Theilnahme nach Bruchtheilen zu. Jeder Miteigenthümer des herrschenden Grundstückes kann gerade nur die Menge Thons beanspruchen, welche für die von ihm zur Versendung gelangenden Erzeugnisse erforderlich ist: der hiernach sich ergebende Bedarf des einzelnen aber braucht zu dem Bedarfe der übrigen durchaus nicht in dem gleichen Verhältnisse zu stehen, in welchem sie am Eigenthume des berechtigten Grundstückes theilnehmen, wie er auch unabhängig vom Bedarfe der übrigen fallen und steigen kann.

2) Man möchte geneigt sein, eine Theilbarkeit nach Bruchtheilen noch in zwei weiteren Beziehungen zu finden, nämlich 1) in der Verpflichtung der Theilnehmer, die theilbaren Lasten und Unkosten des gemeinsamen Rechtes nach Bruchtheilen zu tragen, und 2) in der Theilung des Ersatzanspruchs wegen Vernichtung des gemeinsamen Rechtes. Allein die Verpflichtung der Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks, zu den Kosten der Anlagen, welche die ihrem Grundstücke zustehende Gerechtsame erheischt, nach Eigenthumstheilen beizutragen, beruht nicht sowohl darauf, daß sie sämmtlich an jener Gerechtsame theilnehmen, als vielmehr darauf, daß sie Miteigenthümer des herrschenden Grundstückes sind, dessen Werth sie erhöht. Es ist also die Theilung jener Kosten viel mehr die Folge der Theilbarkeit des Eigenthums, als ein Grund für die Theilbarkeit der Servitut. Und wenn umgekehrt jeder der Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks von demjenigen, der mittels dauernder Verhinderung der Ausübung den Verlust der Servitut durch Nichtgebrauch verursacht hat, den seinem Eigenthumsantheil entsprechenden Theile der Werthminderung des Grundstückes beanspruchen kann, so verhält es sich damit ebenso.

Wird hiernach der juristische Besitz des gemeinen Rechtes auf seine Theilbarkeit geprüft, so ergiebt sich zunächst für den Besitz mit dem animus rem sibi habendi, den sog. Eigenbesitz, daß er als Ausübung des Eigenthums ebenso theilbar ist, wie dieses selbst [3]).

Für jeden anderen Fall des juristischen Besitzes jedoch ist hiermit die Entscheidung nicht gewonnen; sie bleibt vielmehr lediglich nach seinem eigenen Inhalte festzustellen.

Als theilbar erscheint demnach der juristische Besitz des Precaristen, weil er thatsächlich die Fruchtziehung gewährt.

Der juristische Besitz des Faustpfandgläubigers aber ist deshalb theilbar, weil das Pfandrecht den pfandmäßigen Umsatz der Pfandsache in Geld gestattet.

Untheilbar dagegen ist der juristische Besitz des Sequesters: er gewährt weder die Ausübung des Fruchtbezugs, noch den Umsatz der Sache in Geld.

Nicht minder untheilbar ist der juristische Besitz des negotiorum gestor und des ehrlichen Finders: ein Besitzer solcher Art beansprucht für sich so wenig den Fruchtbezug, wie den Umsatz der Sache.

Und ebensowenig thut dies der juristische Besitzer in einigen anderen Fällen, in denen ihm der animus rem sibi habendi fehlt. So derjenige, dem die Innehabung der Sache zwecks der Uebertragung des Eigenthums überlassen ist, während die iusta causa dieser Uebertragung noch von einer Bedingung abhängt; ferner derjenige, dem der Besitz unter einer Bedingung oder unter einer Voraussetzung eingeräumt worden ist, solange er noch nicht weiß, daß die Bedingung erfüllt ist,

3) Nur in Beschränkung auf diesen Fall des juristischen Besitzes trifft zu, was ich a. a. O. S. 13 für den juristischen Besitz allgemein gesagt habe. Auch hieße es dort richtiger, er gewähre die Ausübung des Rechtes auf die Fruchtziehung, statt: er gewähre das Recht auf die Fruchtziehung.

die Voraussetzung zutrifft; endlich derjenige, der durch mancipatio, in iure cessio, Auflassung das Eigenthum der Sache aufgegeben hat, deren Innehabung aber behält[4]).

Anders liegt es beim juristischen Besitze eines ehemaligen Haussohnes, der eine in Unkenntniß vom Tode seines bisherigen Gewalthabers ex causa peculiari erworbene fremde Sache für den Gewalthaber zu detiniren glaubt[5]). Seine irrige Auffassung seines rechtlichen Verhältnisses zu der Sache wird ihn nicht daran hindern, von ihr Auskünfte zu erzielen, noch auch, sofern ihm die libera administratio peculii gewährt war, daran, sie zu veräußern. Wenn gleichwohl dieses Verhältniß als theilbar nicht gelten kann, so beruht das nicht auf dem widerstrebenden Inhalte der Befugnisse, die es darbietet, sondern darauf, daß es jede Theilnahme eines Anderen ausschließt.

Wir sind somit zu dem Ergebnisse gelangt, daß der juristische Besitz mit dem animus rem sibi habendi theilbar ist, von den Fällen des juristischen Besitzes ohne diesen animus aber nur der Besitz des Precaristen und der Besitz des Faustpfandgläubigers, sämmtliche übrigen Fälle dagegen untheilbar sind.

Nun haben diese übrigen Fälle wirthschaftlich eine wenig erhebliche Bedeutung; eine Theilnahme Mehrerer kraft Erbgangs ist bei der Unvererblichkeit des Besitzes im römischen Recht bei allen ausgeschlossen, eine solche kraft selbständigen Besitzerwerbes wenigstens bei manchen von ihnen[6]): so ist es

---

4) Ueber alle diese Fälle des juristischen Besitzes ohne den animus rem sibi possidendi ist zu vergleichen meine Fortsetzung des Glück'schen Pandektenkommentars, Serie der Bücher 43 und 44 Bd. 5 S. 526 f., 529—534.

5) Ueber diesen Fall vergl. a. a. O. S. 527 f.

6) So in den Fällen des negotiorum gestor, des ehrlichen Finders des vermeintlichen Haussohnes.

begreiflich, daß weder die Quellen sich über ihre Theilbarkeit oder Untheilbarkeit äußern, noch, soviel mir bekannt, die moderne Wissenschaft es thut. Man begnügt sich damit, den juristischen Besitz im ganzen als theilbar zu bezeichnen.

Umgekehrt ist man darüber völlig einverstanden, daß das körperliche Verhältniß der Person zur Sache, welches die natürliche Voraussetzung des juristischen Besitzes bildet, das corpus possessionis, die Detention, jede Theilnahme ausschließt, vollends also eine solche, welche sich nach Bruchtheilen bemessen ließe.

So unbestreitbar es indessen ist, daß gleichzeitig stets nur Einer sich im Detentionsverhältnisse befinden, Detentor sein kann, so gewiß ist es anderseits, daß die Untheilbarkeit der Detention ihn nicht hindert, sie gleichzeitig für Mehrere auszuüben, und zwar auszuüben auch auf Grund eines Rechtes, das sich unter ihnen nach Bruchtheilen theilt. So geschieht es zunächst auf Grund eines juristischen Besitzes, an dem Mehrere theilnehmen. So ferner auf Grund des Quasibesitzes eines theilbaren Rechtes, z. B. des Nießbrauchs. So ist es aber nicht minder möglich auf Grund eines rein obligatorischen Anspruchs Mehrerer auf den Bezug von Früchten zu freier Verfügung, wie er mehreren Erben des Pächters zusteht oder Mehreren, die gemeinschaftlich gepachtet haben.

Während aber nach römischem Rechte das Detentionsverhältniß als solches nicht geschützt wird, sondern nur da, wo der Detentor entweder den animus rem sibi habendi hat, oder wo auch ohne jenen animus die rechtliche Grundlage, die causa, dieses Verhältnisses als schutzwürdig und schutzbedürftig anerkannt ist, auf andere Weise jedoch den erforderlichen Schutz nicht erhält; — umgekehrt aber derjenige, bei dem jener animus oder diese causa vorliegt, allgemein auch dann geschützt wird, wenn ein Anderer für ihn detinirt,

— so genießt nach B.G.B. als Besitzer ein Jeder Rechtsschutz, der die thatsächliche Gewalt über die Sache ausübt. Nur dann ist der Inhaber der thatsächlichen Gewalt schutzlos, gilt m. a. W. nicht als Besitzer, wenn er diese Gewalt für einen Anderen in dessen Haushalte oder Erwerbsgeschäfte oder in einem ähnlichen Verhältnisse ausübt, wonach er den Weisungen des Anderen in Beziehung auf die Sache Folge zu leisten hat: hier wird vielmehr dieser Andere, und er allein, als Besitzer geschützt.

Demnach ist für B.G.B. die Frage nach der Theilbarkeit oder der Untheilbarkeit eines Besitzes eine offene.

Selbstverständlich ist auch nach B.G.B. der Besitz des Eigenbesitzers theilbar, d. h. der Besitz dessen, der eine Sache als ihm gehörend besitzt: dies ist in der That nichts Anderes als der Besitz mit dem animus rem sibi habendi.

Im Uebrigen aber hängt die Theilbarkeit des Besitzes davon ab, ob das ihm zu Grunde liegende Rechtsverhältniß, seine causa, dem Besitzer den Anspruch auf den Bezug von Früchten der Sache zu freier Verfügung gewährt, oder die Befugniß zum Umsatze der Sache gegen Geld. Aus dem ersten Grunde ist theilbar der Besitz des Pächters, nicht minder der Besitz des Nießbrauchers; aber auch der Besitz des Entleihers, wenn ihm wie dem Precaristen des römischen Rechts der Bezug von Früchten zu freier Verfügung eingeräumt ist. Aus dem anderen Grunde ist theilbar der Besitz des Faustpfandgläubigers. Aus beiden Gründen endlich der Besitz des Erbbauberechtigten, sowie der Besitz des Erbpächters, dessen Rechtsverhältniß sich übrigens nach Landesrecht regelt [7]).

Ein neues Gebilde des B.G.B. ist der mittelbare Besitz, die Beziehung der Sache zu einer Person, der gegenüber ein

7) Einf.-Ges. Art. 63.

Anderer als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Miether, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. Im Ganzen entspricht diese Beziehung denjenigen Fällen des juristischen Besitzes, in denen das corpus possessionis durch einen Vertreter geübt wird; indessen gehört hierher auch der Fall des Faustpfandgebers, in welchem der juristische Besitz dem Faustpfandgläubiger zusteht, der Pfandgeber ad usucapionem tantum possidet. Die Theilbarkeit hängt auch beim mittelbaren Besitze davon ab, ob das ihn begründende Rechtsverhältniß dem mittelbaren Besitzer den Bezug von Aufkünften zu freier Verfügung oder die Befugniß zum Umsatze der Sache gegen Geld gewährt.

Aus dem ersten Grunde ist theilbar der mittelbare Besitz des Faustpfandgebers; aus dem anderen der mittelbare Besitz des Eigenthümers der einem Nießbrauche unterliegenden Sache, sowie der mittelbare Besitz des Nießbrauchers, der die Ausübung seines Rechtes einem Dritten unentgeltlich oder gegen Leistung untheilbarer Dienste überlassen hat, und der mittelbare Besitz des Verleihers, der dem Entleiher den Fruchtbezug gestattet, sowie der mittelbare Besitz des Grundeigenthümers gegenüber dem Besitze des Erbbauberechtigten, der einen Bodenzins nicht zu entrichten hat; aus beiden Gründen endlich der mittelbare Besitz des Hinterlegers, des Vermiethers, des Verpächters, der ja im Pachtzinse Aufkünfte bezieht, ebenso des Nießbrauchers, der die Ausübung seines Rechtes einem Dritten gegen eine theilbare Gegenleistung überlassen hat, des Verleihers, sofern dem Entleiher der Fruchtbezug fehlt; endlich der mittelbare Besitz des Grundeigenthümers gegenüber dem Besitze des Erbbauberechtigten, der bodenzinspflichtig ist, und gegenüber dem Besitze des Erbpächters.

Im Uebrigen hat B.G.B. am Wesen der Theilbarkeit und der Untheilbarkeit von Rechten nichts geändert, würde dies in

der That auch gar nicht vermocht haben, da jenes Wesen ein rein begriffsmäßiges ist. Abzuweisen ist insbesondere die Meinung, nach § 432 Abs. 1 sei die Leistung einer Species im Gegensatze zum gemeinen Rechte untheilbar [8]); die angezogene Vorschrift bezieht sich nicht auf die Verschaffung des Eigenthums, sondern auf die Herausgabe des Körpers der Sache, m. a. W. der bloßen Detention.

VIII. Anrechnung auf den Pflichttheil. §§ 2315—2316.

Der erste Entwurf bestimmte § 1989: „Auf den Betrag des Pflichttheilsanspruches sind abzurechnen:

1) eine durch Veräußerung vollzogene Schenkung, welche von dem Erblasser dem Pflichttheilsberechtigten unter der Bedingung gemacht ist, daß der Schenker vor dem Beschenkten sterbe oder diesen nicht überlebe;

2) eine von dem Erblasser dem Pflichttheilsberechtigten gemachte Zuwendung, bei deren Vornahme der Erblasser die Einrechnung auf den Pflichttheil angeordnet hat;

3) wenn der Pflichttheilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers ist, eine von dem letzteren dem ersteren gemachte Zuwendung der in § 2158 bezeichneten Art [1]), sofern nicht

8) Anm. 1 zu § 420 in der Handausgabe mit Einleitung 2c. von O. Fischer und Henle.

1) § 2158 des ersten Entwurfs lautet:

„Zur Ausgleichung zu bringen ist dasjenige, was der Erblasser dem Abkömmlinge wegen dessen Verheirathung, Errichtung eines eigenen Hausstandes, Uebernahme eines Amtes oder wegen Begründung eines Erwerbsgeschäftes oder einer sonstigen selbständigen Lebensstellung zugewendet hat. Diese Vorschrift findet auf die Bestreitung der Kosten der Vorbildung zu einem Lebensberufe keine Anwendung."

„Die Ausgleichungspflicht ist ausgeschlossen, wenn der Erblasser bei der Zuwendung angeordnet hat, daß die Ausgleichung nicht erfolgen solle."

der Erblasser bei der Zuwendung angeordnet hat, daß die Abrechnung auf den Pflichttheil nicht erfolgen solle."

„Hat der Erblasser bei einer der im ersten Absatze unter Nr. 2, 3 bezeichneten Zuwendungen angeordnet, daß dieselbe auf den Erbtheil angerechnet oder nicht angerechnet oder zur Ausgleichung gebracht oder nicht gebracht werden soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß auch die Abrechnung auf den Pflichttheil erfolgen oder nicht erfolgen solle."

„Der abzurechnende Betrag bestimmt sich nach dem Werthe, welchen der Gegenstand der Zuwendung zur Zeit der Zuwendung gehabt hat."

„Ist der Pflichttheilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers, so finden die Vorschriften des § 2161 [2]) und in Ansehung einer Zuwendung an einen anderen Abkömmling, welcher den Erblasser nicht überlebt hat und den Pflichttheilsberechtigten von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen haben würde, die Vorschriften des § 2160 [3]) entsprechende Anwendung.

2) § 2161 des ersten Entwurfs lautet:

„Eine Zuwendung, welche ein entfernterer Abkömmling vor dem Wegfalle des ihn von der Erbfolge ausschließenden näheren Abkömmlings von dem Erblasser erhalten hat, ist nicht zur Ausgleichung zu bringen, es sei denn, daß der Erblasser bei der Zuwendung die Ausgleichung angeordnet hat."

„Die Vorschrift des ersten Absatzes findet entsprechende Anwendung auf die Zuwendung, welche ein Abkömmling, bevor er die rechtliche Stellung eines Abkömmlings des Erblassers erlangt hatte, von dem letzteren erhalten hat."

3) § 2160 des ersten Entwurfs lautet:

„Wenn ein Abkömmling eine Zuwendung, wegen welcher er als Erbe zur Ausgleichung verpflichtet sein würde, erhalten hat, aber den Erblasser nicht überlebt oder die Erbschaft ausgeschlagen hat oder durch letztwillige Verfügung des Erblassers oder durch Erbverzicht von der Erbfolge ausgeschlossen oder für erbunwürdig erklärt ist, so ist der auf Grund der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle berufene Abkömmling des Erblassers auch wegen einer solchen Zuwendung zur Ausgleichung verpflichtet."

§ 1990: „Der Betrag, welcher nach den Vorschriften des § 1989 auf den Betrag des Pflichttheilsanspruches abzurechnen ist, wird bei Bestimmung des Pflichttheiles dem Werthe des Nachlasses hinzugerechnet."

„Ist der Pflichttheilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers, so ist bei Bestimmung des Pflichttheiles dem Werthe des Nachlasses auch dasjenige hinzuzurechnen, was ein anderer Abkömmling, welcher zur Erbfolge gelangt, gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten nach den Vorschriften der §§ 2157 bis 2164[4]) zur Ausgleichung zu bringen hätte."

---

4) Die angezogenen §§ des ersten Entwurfs lauten:

§ 2157: „Wird der Erblasser von mehreren als gesetzliche Erben zur Erbfolge berufenen Abkömmlingen beerbt, so ist jeder derselben, welcher von dem Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden eine der in den §§ 2158, 2159 bezeichneten Zuwendungen erhalten hat, verpflichtet, wegen einer solchen Zuwendung (Vorempfangenes) einem jeden anderen jener Abkömmlinge eine Ausgleichung zu gewähren (Ausgleichungspflicht)."

§ 2158 s. oben Anm. 1.

§ 2159: „Zuwendungen, bei deren Vornahme der Erblasser die Ausgleichung angeordnet hat, sind zur Ausgleichung zu bringen, auch wenn sie nicht zu den im § 2158 bezeichneten gehören.

§ 2160 s oben Anm. 3.

§ 2161 s. oben Anm. 2.

§ 2162 betrifft die Zuwendung an den Abkömmling eines Ehegatten aus dem Gesammtgute einer ehelichen Gütergemeinschaft.

§ 2163: „Die Ausgleichung wegen des Vorempfangenen ist in der Weise zu gewähren, daß der Verpflichtete jedem Berechtigten so viel zu entrichten hat, als der letztere erhalten haben würde, wenn ein dem Werthe des Vorempfangenen entsprechender Geldbetrag unter die Berechtigten und den Verpflichteten nach Verhältniß ihrer gesetzlichen Erbtheile zu vertheilen wäre. Der in Ansatz zu bringende Werth bestimmt sich nach der Zeit, in welcher die Zuwendung erfolgt ist."

§ 2164: Die Ausgleichungspflicht gilt als eine dem Verpflichteten obliegende Nachlaßverbindlichkeit."

„Die Forderung des Berechtigten gilt nicht als ein Bestandtheil des gesetzlichen Erbtheiles desselben."

„Auf die Forderung des Berechtigten findet die Vorschrift des § 770 (Forderung des Theilhabers einer Gemeinschaft gegen einen anderen Theilhaber dieser Gemeinschaft auf deren Grund) entsprechende Anwendung."

Hiernach sollten also auf den Betrag des Pflichttheilsanspruches nicht nur solche Zuwendungen des Erblassers an den Pflichttheilsberechtigten abgerechnet werden, bei deren Vornahme der Erblasser diese Abrechnung angeordnet hat (§ 1989 Abs. 1 unter 2), sondern auch gewisse andere Zuwendungen, namentlich eine Ausstattung, bei deren Zuwendung der Erblasser nicht die Nichtabrechnung angeordnet hat (das. unter 1 und 3). Der Betrag aber, welcher hiernach auf den Betrag des Pflichttheilsanspruches abzurechnen war, sollte bei Bestimmung des Pflichttheils dem Werthe des Nachlasses hinzugerechnet werden (§ 1990 Abs. 1). Und falls der Pflichttheilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers ist, sollte bei Bestimmung des Pflichttheils dem Werthe des Nachlasses auch das hinzugerechnet werden, was ein anderer Abkömmling, welcher zur Erbfolge gelangt, gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten zur Ausgleichung zu bringen hätte (§ 1990 Abs. 2).

Nehmen wir nun an, der Sohn S' hat vom Erblasser eine ausgleichungspflichtige Ausstattung im Werthe von 8000 empfangen, der Sohn S'' eine Schenkung von 2000 mit der Anordnung der Abrechnung auf den Pflichttheil; der Nachlaß hat den Werth von 20000; A, ein Fremder, ist zum Erben eingesetzt. Hier werden dem Werthe des Nachlasses von 20000 hinzugerechnet der Werth der Ausstattung des S' mit 8000 und der Werth der Schenkung an den S'' mit 2000; als Gesammtwerth des Nachlasses ergiebt sich mithin der Betrag von 30000. Als gesetzlicher Erbtheil eines jeden der beiden Söhne ist demnach der Betrag von 15000 anzusehen, also beträgt der Pflichttheil eines jeden 7500. S' hat in seiner Ausstattung mehr als seinen Pflichttheil erhalten, folglich nichts mehr zu beanspruchen; S'' hat die Schenkung mit 2000 auf seinen Pflichttheil abzurechnen, folglich noch zu beanspruchen 5500, die ihm A auszahlen muß; A behält 14500.

Oder:

Der Nachlaß beträgt 20000, der Sohn S' hat 8000, der Sohn S'' 2000, der Sohn S''' 12000 Vorempfang, der letzte ist zum Erben eingesetzt. Der Gesammtwerth des Nachlasses unter Hinzurechnung der Vorempfänge beläuft sich auf 42000, der gesetzliche Erbtheil eines jeden der drei Söhne ist also 14000, der Pflichttheil mithin 7000. S' hat bereits mehr empfangen als seinen Pflichttheil, S'' dagegen hat von S''' noch 5000 auf seinen Pflichttheil zu beanspruchen; S''' behält vom Nachlasse 15000 und dazu seinen Vorempfang mit 12000.

Nach dem zweiten Entwurfe wird eine Zuwendung, welche bei der gesetzlichen Erbfolge zur Ausgleichung zu bringen sein würde, dem Empfänger nicht kraft gesetzlicher Vorschrift auf den Pflichttheil angerechnet; diese Anrechnung ist vielmehr beschränkt auf das, was dem Pflichttheilsberechtigten entweder mit der Bestimmung der Anrechnung zugewendet oder unter der Bedingung geschenkt worden ist, daß er den Erblasser überlebt (§ 2180 Abs. 1). Hinsichtlich der Hinzurechnung des Werthes der Zuwendung zum Nachlasse ist die Vorschrift des ersten Entwurfs festgehalten (§ 2180 Abs. 2); ebenso hinsichtlich der Behandlung der Ausgleichungspflicht bei der Erbfolge mehrerer Abkömmlinge des Erblassers (§ 2181 Abs. 1). Hinzugefügt aber ist die Vorschrift, daß der Erblasser die Berücksichtigung der einem der Abkömmlinge zugewendeten Ausstattung nicht zum Nachtheile eines Pflichttheilsberechtigten untersagen kann (§ 2181 Abs. 3).

Zu Gunsten eines Erben, der nicht selbst berechtigt ist, die Ausgleichung zu verlangen, wird also eine der Ausgleichung unterliegende Zuwendung nur dann berücksichtigt, wenn der Erblasser ihre Anrechnung angeordnet hat. In Ermangelung dieser Anordnung muß jener Erbe den pflichttheilsberechtigten Abkömmlingen zusammen stets den gleichen Betrag

herauszahlen, den er ohne Berücksichtigung der unter ihnen stattfindenden Ausgleichung herauszuzahlen hätte; die Ausgleichung beeinflußt lediglich die Vertheilung dieses Betrages unter die pflichttheilsberechtigten Abkömmlinge. Ist z. B. bei dem ersten der beiden oben angenommenen Thatbestände die Abrechnung der den beiden Söhnen gewährten Zuwendungen angeordnet, so stellt sich das Ergebniß genau so, wie es gemäß dem ersten Entwurfe stets geschehen sollte. Ist dagegen die Anrechnung jener Zuwendungen auf den Pflichttheil nicht angeordnet, so bestimmt sich der Betrag, den der einzelne von ihnen erhält, in folgender Weise. Da ohne Berücksichtigung der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen der Nachlaß 20000 beträgt, so ist der gesetzliche Erbtheil eines jeden der beiden Söhne gleich 10000, mithin der Pflichttheil eines jeden 5000; es hat also der Erbe A im Ganzen 10000 herauszuzahlen. Unter Berücksichtigung aber der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen erhöht sich der Betrag des Nachlasses für die beiden Söhne auf 30000, der gesetzliche Erbtheil eines jeden auf 15000, sein Pflichttheil auf 7500. Da der Sohn S″ nur 2000 auf den Pflichttheilsanspruch anzurechnen hat, so sind ihm von A noch 5500 herauszuzahlen; nur der Rest der 10000, welche A im Ganzen herauszahlen muß, also 10000—5500 = 4500, kommt dem Sohne S′ zu.

Der dem Reichstage vorgelegte Entwurf wiederholte in den §§ 2288 f. wörtlich die §§ 2180 f. der zweiten Vorlage: die Berechnung des Pflichttheils sollte danach genau in der gleichen Weise erfolgen, wie es soeben dargelegt ist.

Die XII. Kommission des Reichstags aber berechnete den Pflichttheil anders. Ihr Bericht [5]) sagt zu § 2289 der Vorlage wörtlich:

5) Drucksachen der 9. Legislatur-Periode, IV. Session 1895/96 Nr. 440c S. 21 f.

„Die Vorschrift bezweckt, das, was der Erbe zur Deckung der Pflichttheilsansprüche herauszugeben hat, unter die pflichttheilsberechtigten Abkömmlinge gerecht zu vertheilen. Beispiele mögen dies näher darlegen:

I. Nachlaß = 20000. Sohn 1 (S') 8000 Ausstattung, Sohn 2 (S'') 2000 A. — A Erbe. Nach § 2289 gestaltet sich, unter der Voraussetzung, daß der Erbe A ein Fremder ist, die Berechnung des Pflichttheils für die auf den Pflichttheil beschränkten S' und S'' so:

S' Erbtheil: $\frac{20000 + 8000 + 2000}{2} = 15000 - 8000 = 7000$.

Pflichttheil: $\frac{7000}{2} = 3500$.

S'' Erbtheil: $\frac{20000 + 8000 + 2000}{2} = 15000 - 2000 = 13000$.

Pflichttheil: $\frac{13000}{2} = 6500$.

Der Erbe zahlt also von den 10000, die er zur Deckung der stets die Hälfte des Nachlasses in Anspruch nehmenden Pflichttheilslast herauszugeben hat, 3500 an S', 6500 an S''. Ohne den § 2289 erhielten, da der Vorempfang alsdann außer Betracht bliebe, S' und S'' als Pflichttheil je 5000 $\left(\frac{20000}{2} = \frac{10000}{2} = 5000\right)$. Der S' wäre danach erheblich bevorzugt.

II. Nachlaß = 20000. S' 8000, S'' 2000, Sohn 3 (S''') Erbe mit 12000 Vorempfang.

Nach § 2229:

S' Erbtheil: $\frac{20000 + 8000 + 2000 + 12000}{3} = 14000 - 8000 = 6000$.

Pflichttheil: $\frac{6000}{2} = 3000$.

S'' Erbtheil: $\frac{20000 + 8000 + 2000 + 12000}{3} =$ $14000 - 2000 = 12000$.

Pflichttheil: $\frac{12000}{2} = 6000$.

S''' Erbtheil $= \frac{20000 + 8000 + 2000 + 12000}{3} =$ $14000 - 12000 = 2000$.

Pflichttheil: $\frac{2000}{2} = 1000$.

S''' zahlt also als Pflichttheil 3000 an S', 6000 an S'', während für seinen Pflichttheil von der Pflichttheilsmasse 1000 bleiben. Ohne den § 2289 erhielten S' und S'' als Pflichttheil je $3333^1/_3$ $\left(\frac{20000}{3} = \frac{6666^2/_3}{2} = 3333^1/_3\right)$ und S''' behielte ebenfalls trotz des hohen Vorempfanges $3333^1/_3$ als Pflichttheil für sich.

Der § 2289 des Entwurfs enthält nun aber eine Lücke für den Fall, daß der Erblasser angeordnet hat, daß der pflichttheilsberechtigte Abkömmling sich den Vorempfang auf den Pflichttheil anrechnen lassen soll (§ 2288). Hätte in dem gewählten Beispiele der Erblasser dem S'' die Anrechnung der 2000 Vorempfang zur Pflicht gemacht, so würde S'' nach § 2288 im Falle I statt 6500 nur 4500, im Falle II statt 6000 nur 4000 erhalten. Das wäre ungerecht gegen S'', denn der Vorempfang der 2000 ist zur einen Hälfte schon berücksichtigt bei der Berechnung des Pflichttheils des S''; er ist ganz in Rechnung gestellt bei der Bestimmung des gesetzlichen Erbtheils, und der Pflichttheil ist die Hälfte. Der Vorherempfang kann daher nur mit der anderen Hälfte in Anrechnung kommen. Dies bringt der dem § 2289 hinzugefügte Absatz 4 zum Ausdruck."

Dieser von der Kommission beantragte Absatz 4 ist vom Reichstage in der That gutgeheißen. Er lautet als Absatz 4 des jetzigen § 2316 so:

„Ist eine nach Absatz 1 zu berücksichtigende Zuwendung zugleich nach § 2315 auf den Pflichttheil anzurechnen, so kommt sie auf diesen nur mit der Hälfte des Werthes zur Anrechnung."

Nun aber entspricht die von der Kommission aufgestellte Berechnung des Pflichttheils ganz und gar nicht dem gesetzmäßigen Begriffe des Pflichttheils. Der Pflichttheil nämlich besteht stets in der Hälfte des Werthes des gesetzlichen Erbtheils [6]). Den gesetzlichen Erbtheil eines Kindes aber bildet der auf dieses Kind fallende Bruchtheil des Betrages, der sich aus der Zusammenrechnung des Nachlaßbestandes und der Zuwendungen ergiebt, welche von sämmtlichen Abkömmlingen des Erblassers zur Ausgleichung gebracht werden müssen. Nach der Berechnung der Kommission dagegen würde der gesetzliche Erbtheil des einzelnen Kindes in dem Reste bestehen, der von jenem Bruchtheile nach Abzug des Betrages übrig bleibt, welchen dieses Kind seinerseits zur Ausgleichung bringen muß. Hiernach könnten also die gesetzlichen Erbtheile mehrerer Kinder desselben Erblassers unter sich von ganz verschiedenem Werthe sein, und demgemäß auch die Pflichttheile dieser Kinder. Und doch ist nichts gewisser, als daß die gesetzlichen Erbtheile aller Kinder eines Erblassers unter sich nothwendig gleich sind, und folglich auch ihre Pflichttheile gleich sein müssen. Die irrige Berechnung des Pflichttheils im Kommissionsberichte läßt sich auch nicht etwa mittels der Behauptung aufrecht erhalten, jener Bericht verstehe unter „Pflichttheil" nicht sowohl die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils, als

---

6) B.G.B. § 2309 Abs. 1 a. E.

vielmehr den Betrag, den ein Pflichttheilsberechtigter vom Erben aus dem Grunde verlangen kann, weil ihm die Hälfte seines gesetzlichen Erbtheils nicht hinterlassen ist, und er statt ihrer nicht eine andere Zuwendung angenommen hat, m. a. W. den im gegebenen Falle begründeten Pflichttheils*anspruch*. Denn, ganz zu schweigen davon, daß in diesem Sinne der Kommissionsbericht im zweiten Falle nimmer von einem Pflichttheile des dritten Sohnes (S''') hätte reden können, es ist selbstverständlich die von der Kommission angewandte Berechnung für den Pflichttheilsanspruch nicht minder irrig, als für den Pflichttheil selbst. Jener Anspruch bestimmt sich ja gerade danach, ob und bis zu welchem Betrage der Pflichttheil als nicht gewährt gilt; seine Berechnung ist also abhängig von der Berechnung des Pflichttheils [7]).

Müssen wir jedoch die Berechnung des Pflichttheils, wie der Kommissionsbericht sie aufstellt, für irrig erklären, so vermögen wir auch in dem allgemeinen Zwecke des § 2316 eine Rechtfertigung für sie nicht zu erblicken [8]). Denn wenngleich dieser Paragraph mittels Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht den Pflichttheil des schlechtest gestellten Abkömmlings so weit als möglich steigern will, so findet diese Möglichkeit doch ihre Grenze in der Richtigkeit der Berechnung.

---

7) Auffallend möchte es freilich scheinen, daß unter den vielen ausgezeichneten Männern der XII. Kommission keiner den Grundirrthum der Berechnung erkannt hat, lehrte nicht die Erfahrung, wie wenig Verständniß mancher überaus scharfsinnige Mann für einfache Aufgaben des Rechnens besitzt. Auch *Strohal*, Das deutsche Erbrecht nach dem B.G.B., S. 93 ff., hat sich durch den Kommissionsbericht blenden lassen. Und *Küntzel's* Aufsatz, *Strohal's* kritische Bemerkungen über das Erbrecht des B.G.B., in Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, 6. Folge Jahrg. 1 S. 620 ff., namentlich S. 631 f., theilt ohne weiteres die Anschauung der Kommission.

8) Eine solche Rechtfertigung scheint *Strohal*, a. a. O. S. 92 Anm. 17, anzunehmen.

Und in dieser Beziehung bleibt es auch völlig unerheblich, daß der Kommissionsbericht eine bestimmte Weise der Berechnung angewandt hat: als gesetzlich vorgeschriebene Berechnung kann nur diejenige gelten, welche den allgemeinen Grundsätzen des Gesetzes entspricht, m. a. W. diejenige, welche den Pflichttheil unter allen Umständen auf den halben Werth des gesetzlichen Erbtheils bestimmt.

Gegenüber dieser richtigen Berechnung aber erscheint Abs. 4 des § 2316 nicht nur schlechterdings nicht geboten, sondern geradezu widersinnig, wie sich am deutlichsten an Beispielen zeigen läßt.

Wir benutzen die im Kommissionsberichte angegebenen Thatbestände.

1. Fall.

Nachlaß	= 20 000
ausgleichungspflichtiger Vorempfang des S′	= 8 000
„ „ „ S″	= 2 000
zusammen	= 30 000;
gesetzlicher Erbtheil eines jeden der beiden Söhne	15 000,
also sein Pflichttheil	7 500.

Eingesetzt ist ein Fremder A.

a) Die Vorempfänge werden nur nach § 2316 Abs. 1 berücksichtigt.

Hier hat A unter allen Umständen auf die Pflichttheile die Hälfte des Nachlasses, also 10000, herauszuzahlen, die Berücksichtigung der Vorempfänge beeinflußt lediglich die Vertheilung jenes Betrages zwischen S′ und S″.

S″ hat 2000 empfangen; die ihm an seinem Pflichttheile noch fehlenden 5500 hat A ihm herauszuzahlen; der Rest jener 10000 — 4500 fällt dem S′ zu.

b) Die Anrechnung des dem S″ gewährten Vorempfanges ist vom Erblasser angeordnet.

Nach § 2316 Abs. 4 hat S'' auf seinen Pflichttheil von 7500 nur 1000 anzurechnen: er bekommt also von A noch 6500. Ob S' die übrigen 3500 erhält, oder ob vielmehr A sie behält, hängt davon ab, ob der Erblasser auch die Anrechnung des dem S' gewährten Vorempfanges von 8000 angeordnet hat oder nicht.

2. Fall.

	Nachlaß	= 20 000
ausgleichungspflichtiger Vorempfang des	S'	= 8 000
" " "	S''	= 2 000
" " "	S'''	= 12 000
	zusammen	= 42 000;

gesetzlicher Erbtheil eines jeden der drei Söhne 14 000, also sein Pflichttheil 7 000.

Eingesetzt ist S'''.

a) Die Vorempfänge werden nur nach § 2316 Abs. 1 berücksichtigt.

S'' hat 2000 empfangen; ihm fehlen an seinem Pflichttheile noch 5000; diese hat S''' ihm herauszuzahlen. S' bekommt nichts mehr.

b) Die Anrechnung des dem S'' gewährten Vorempfanges ist vom Erblasser angeordnet.

Nach § 2316 Abs. 4 hat S'' auf seinen Pflichttheil von 7000 nur 1000 anzurechnen: er bekommt also von S''' noch 6000. S' erhält auch in diesem Falle nichts mehr.

Bei der ausdrücklich angeordneten Anrechnung eines Vorempfanges auf seinen Pflichttheil steht sich mithin der Empfänger um die Hälfte dieses Vorempfanges besser, als da, wo die Anrechnung lediglich Folge der Ausgleichungspflicht ist!

Indessen ist dieser Wechselbalg als § 2316 Abs. 4 einmal Gesetz geworden. Möge er parlamentarischen Körperschaften eine abschreckende Warnung davor sein, an einem wohl überlegten Gesetzesentwurfe technische Einzelheiten zu ändern!

III.

Zur Lehre von der sog. condictio generalis.

Von **Ludwig Mitteis.**

Daß die berüchtigte Digestenstelle 12, 1, 9 pr. — § 2, nach welcher aus jedem Kontraktsverhältniß die „condictio certi" entspringen kann, dafern nur der Kläger auf ein certum klagen will, mehr von den Justinianischen Kompilatoren herrührt, als von Ulpian, dürfte gegenwärtig kaum noch bezweifelt werden. Wie neuerdings mehrfach betont worden ist, ist schon die Diktion durch und durch kompilatorisch. Schon der Terminus certi condictio gehört zu den ἅπαξ ἢ δὶς λεγ᾽μενα, welche niemand für klassisch ansieht[1]); die contractus certi sive incerti sind ein Lieblingsgedanke der Byzantiner; und die quaedam species, quae dignum habent tractatum, an haec actio ad petitionem eorum [sic] sufficiat, lassen vollends keinen Zweifel übrig, wer eigentlich zu uns spricht. Viel schwieriger als die Feststellung der Interpolation ist es, Grund und Tragweite derselben zu ermitteln; die Frage, welches Interesse die Byzantiner an der Schaffung dieser generellen, mit der benannten Kontraktsklage konkurrirenden condictio certi gehabt haben, harrt noch derzeit der befriedigenden Beantwortung.

1) Außer unserer Stelle kommt er nur noch vor in D. 46, 2, 12.

I. Um einer solchen näher zu kommen, sei vor allem ein Blick auf das klassische Recht geworfen. Es braucht nach den einleitenden Worten kaum mehr gesagt zu werden, daß hier von jener Ansicht ausgegangen wird, wonach im klassischen Recht die condictio in Konkurrenz mit einer Kontraktsklage nur dann zulässig ist, wenn ein besonderer konditionenrechtlicher Thatbestand — ein Haben aus fremdem Vermögen sine causa oder causa finita [1]), oder wie man es ausdrücken mag — vorliegt [2]). Daß jemals ein (nicht stipulirter) Kaufschilling mit condictio habe eingeklagt werden können, ist eine nicht bloß mit dem Gesammthabitus der Quellen [3]), sondern auch mit bestimmten Quellenzeugnissen in keiner Weise zu ver-

1) z. B. ein dem Mandatar gegebener Vorschuß bei Nichtausführung des Auftrags.

2) Dies ist bekanntlich die Ansicht Savigny's, System 5, 578 f., der allerdings dieselbe aus dem in Rede stehenden Fragment selber herauslesen will. In letzterer Beziehung braucht man nur zu wiederholen, was schon oft bemerkt worden ist, daß der Wortlaut des Fragments über Savigny's Auslegung weit hinaustragen würde, denn die Worte „certi condictio competit ex omni causa . . . ex qua certum petitur" setzen es ins Belieben des Klägers, ein certum zu verlangen, auch ohne daß ein Haben sine causa vorliegt. Sie involviren also diese Klagform auch für die Einklagung eines Kaufschillings oder Miethzinses. — Im Uebrigen bemerke ich, daß ich auf Anführung der dem Sachkundigen ohnedies bekannten Literatur verzichte und alles nicht unmittelbar zur Sache Gehörige einer vollständigen Darlegung der Konditionenlehre, zu welcher ich in anderem Zusammenhang gelangen werde, vorbehalte.

3) Man vergleiche vorläufig z. B. die Stellen, welche condictio und a⁰ ex fide bona in inhaltlichen Gegensatz stellen, wie D. 19, 5, 5, 2 cum do ut facias, nascetur vel civilis actio ad hoc quod mea interest, aut ad repetendum condictio; oder D. 16, 3, 10, 1 competit etiam condictio rei depositae nomine, sed non antequam quid dolo admissum sit; nemo enim hoc ipso quod depositum accepit, condictione obligatur. Es wäre überhaupt nicht zu begreifen, warum uns von dieser Konkurrenz keine stärkeren Spuren überliefert worden sind, wenn sie bestanden hätte. Nähere Beweisführung behalte ich mir für den Bestreitungsfall vor.

einigende Annahme, und wird denn auch abgesehen von unserer l. 9 nirgends gesagt.

Wie weit die Quellen von der Annahme eines solchen Konkurrenzverhältnisses entfernt sind, dafür möchte ich bei der gegenwärtigen Gelegenheit nur **einen** Beleg anführen, nämlich die Ausführung des Gaius über die praescriptio pro actore. Diese ganze Erörterung basirt ja darauf, daß bei Kontrakten mit einer Mehrheit von theilweise nicht fälligen Ansprüchen die Einklagung jener, die bereits fällig sind, genau genommen ohne pluris petitio tempore gar nicht möglich ist. „Cum in singulos annos, heißt es 4, 131, vel menses pecuniam stipulati fuerimus . . . **necesse** est ut cum hac praescriptione agamus . . . ; item si verbi gratia ex emto agamus ut nobis fundus mancipio detur, **debemus** [hoc modo] praescribere.“ Es scheint mir klar, daß Gaius sich nicht so hätte ausdrücken können, wenn die Nothwendigkeit der Präscriptio nur eine relative, durch die Wahl der formula incerta bedingte war[1]); er mußte dann vielmehr ausdrücklich betonen, daß in den zur Rede stehenden Beispielsfällen jeder Noth durch die Anwendung der „condictio certi“ (resp. „triticaria“) abgeholfen werden konnte.

Auch diejenigen, welche in neuerer Zeit die wahlweise Konkurrenz verschiedener Prozeßformen (legis actio und Formel, rei vind. per sponsionem und per formulam petitoriam) als ein Specificum des römischen Prozeßrechts behaupten, werden zugeben müssen, daß an dieser Stelle eine solche Konkurrenz nicht angenommen werden kann, ohne die klaren und scharfen

1) Darum kann man auch in den Worten „alioquin si sine hac praescriptione egerimus, ea scilicet formula qua incertum petimus . . .“ nicht diese Bedingung, sondern nur eine Beschreibung und Erklärung finden. Anderenfalls hätte die gegentheilige Möglichkeit nothwendig einen Ausdruck gefordert.

Formen, durch welche sich gerade das klassische Forderungsrecht so sehr auszeichnet [1]), gänzlich zu verwischen. Ist es wirklich denkbar, daß die ganze saubere Abgrenzung des bei der a° certae creditae pecuniae stattfindenden Eideszwanges und der sponsio tertiae partis und die damit zusammenhängende Unterscheidung von stipulationes certae und incertae [2]) nur dann zur Anwendung kommt, wenn es dem Kläger so beliebt und also materiellrechtlich eigentlich gar keine feste Bedeutung hat? Wer derartige Dinge behaupten wollte, der sehe zu, wie viel ihm dann vom klassischen Obligationenrecht noch übrig bleibt.

Die wenigen Stellen, welche als positive Zeugnisse dieser anomalen Kondiktion angeführt werden könnten, sind bei näherer Betrachtung ganz untauglich, den ihnen zugemutheten Dienst zu leisten. Von den beiden bedeutendsten derselben — D. 12, 1, 29 und 14, 3, 17, 5 — wird in der nachfolgenden Abhandlung (II) besonders gesprochen und gezeigt werden, daß es sich bei ihnen um die einfache Darlehns- oder Bereicherungsklage handelt. Zwei weitere — D. 12, 2, 28, 4 und 44, 2, 5 — bezeichnen die Konkurrenz der Kondiktion mit a° mandati oder negotiorum gestorum nur ganz im Allgemeinen als denkbar, nicht als nothwendig und lassen sich also ganz wohl im Sinne Savigny's dahin erklären, daß ein besonders gearteter Thatbestand (s. oben S. 385) diese Konkurrenz rechtfertigen kann. D. 12, 2, 4, 1 (res pignori data pecunia soluta condici potest) ist schon von Savigny auf

---

1) Vergl. außer D. 45, 1, 74 besonders D. 12, 1, 24. Wenn wirklich aus einer stip. incerta auf certum geklagt werden konnte, bleibt es ganz und gar unverständlich, warum das Umgekehrte hier ausdrücklich verboten wird.

2) Daraus haben dann die Kompilatoren in D. 12, 1, 9 pr. die contractus certi vel incerti gemacht, während Ulpian nur gesagt haben kann, daß aus einer stipulatio certa die condictio entspringt.

fiducia gedeutet worden. Die Konkurrenz der Kondiktion mit der actio rerum amotarum — D. 25, 2, 24 — ist vom Gesichtspunkte der Bereicherung ex injusta causa begründet [1]). Will man demnach nicht auf die in üblem Zustand überlieferte und wahrscheinlich auf die gemeine cond. furtiva abzielende Stelle D. 16, 3, 13, 1 schwerwiegende Behauptungen aufbauen, so wird der Mangel jedes positiven Belegs für die allgemeine Konkurrenzkondiktion der l. 9 D. 12, 1 zugestanden werden müssen.

Aber nicht bloß die innere Ausgestaltung des klassischen Kontraktrechts läßt einen fakultativen Gebrauch verschiedener Klagformen ausgeschlossen erscheinen.

Es waren auch praktisch die triftigsten Gründe vorhanden, wodurch sich bei einem wenn auch auf ein certum gerichteten Anspruch aus einem „contractus incertus“ die Klage auf certum von selbst verbot.

Zunächst war es auf Seite des Klägers die Gefahr der pluris petitio, derentwegen dieser bei einem „contractus incertus“ an die Klage ernstlich nicht denken konnte. Jeder Kläger hat den naturgemäßen Wunsch, sein Klagbegehren möglichst hoch zu spannen; bei der condictio certi — es sei gestattet, diesen unklassischen [2]), aber kurzen Ausdruck Justi-

---

1) Ueber den Satz D. 25, 2, 26: Rerum amotarum actio condictio est vergl. Lenel E. P. 245.

2) Daß der Terminus erst von den Kompilatoren geschaffen ist, hat zuerst Lenel, Ed. perp. 185 f. ausgesprochen; gegenwärtig dürfte es kaum ernstlich bezweifelt werden. Eine andere Frage ist die, ob die wahrhaft klassische a° certae creditae pecuniae in allen Fällen statthatte, wo certa pecunia kondizirt wird, oder ob sie sich auf die von Cicero namhaft gemachten Fälle des Creditums im engsten Sinne — Stipulatio, expensilatio, mutuum — beschränkte und in anderen Fällen, z. B. Rückforderung eines indebitum oder sine causa datum nur eine „condictio“ schlechthin stattfand. Die Frage dreht sich praktisch darum, ob der Eideszwang und die sponsio tertiae partis auch in Fällen der letzteren Kategorie Platz griff,

nian's für unseren Zweck zu adoptiren — waltet wegen der Möglichkeit der pluris petitio die umgekehrte Tendenz nach möglichster Einschränkung des Petitums ob. Man hatte also normalerweise kein Interesse, statt der die größte Bewegungsfreiheit gestattenden intentio auf quidquid dare facere oportet (ex fide bona) seine Ansprüche auf der messerscharfen Schneide des certam pecuniam dare oportere balanciren zu lassen.

Gesetzt aber, es hätte sich doch ein Kläger gefunden, der etwa, um auf den Gewinn aus der sponsio tertiae partis zu spekuliren, sich dem Risiko des Prozeßverlustes ausgesetzt hätte: ist es denkbar, daß einem solchen Kalkül zu Liebe der Beklagte gezwungen wurde [1]), sich dem Risiko der Succumbenzstrafe und gar noch etwa dem Zwang des iusiurandum in iure delatum auszusetzen? Es hieße den ganzen inneren Zusammenhang dieser beiden Institute mit der eigenthümlichen Natur der certa credita pecunia verkennen, wollte man annehmen, daß sie dem Beklagten nach Belieben seines Gegners oktroyirt werden konnten.

II. Wie sich aus alledem ergiebt, ist es das eigenthüm-

---

was z. B. von Karlowa, R.G., Bd. 2 S. 597 geleugnet wird. Soviel ich sehe, ist die herrschende Lehre immer auf Identifizirung des certum condicere mit der a° c. cr. pec. gegangen, und ich wüßte hiergegen kaum etwas Stichhaltiges einzuwenden, so wenig die Prozeßstrafe und der Eideszwang bei Bereicherungsklagen erfreulich scheint. Die Stellen, welche von einer a° indebiti sprechen (D. 12, 6, 57, 1; 19, 1, 24; 34, 1, 8; vergl. Pernice, Lab. 3, 1, 212 Anm. 3), scheinen noch eine Spur von der einst hier gestandenen a° certae cred. pec. zu bewahren, s. auch Jobbé-Duval Etud. 75.

1) Wenn es bei Gaius 4, 171 heißt: sponsionem facere permittitur, so kann das wohl nur so aufgefaßt werden, daß der Kläger das Wahlrecht hat cum oder sine sponsione zu klagen, und so wird es, soviel ich sehe, auch regelmäßig verstanden. Der Beklagte muß die Sponsio auch wider seinen Willen eingehen, ihm also kommt das „permittitur" nicht zu Gute.

liche System der klassischen pluris petitio, der Succumbenzstrafe und des Eideszwangs, welches die condictio certi beschränkt auf jene Fälle, für welche sie eigentlich gemünzt war (Darlehn, Stipulation, Literalkontrakt und ungerechtfertigte Bereicherung). Es liegt zunächst die Frage nahe, wie sich die Sache im nachklassischen Prozeßrecht gestaltete.

Betrachten wir zunächst das Schicksal der pluris petitio. Hier ist gewiß, daß der spezifische prozeßrechtliche Grund, welcher im ordo iudiciorum mit der pluris petitio das causa cadere verbunden hatte, nämlich die Logik des Formelbaues, weggefallen war; dennoch erhielt sich, wie noch der westgothische Paulus[1]) und die consultatio[2]) zeigen, die Strafe des Prozeßverlustes, indem sie nun die Natur einer, natürlich sehr harten, poena calumniae annahm. Es war demnach auch jetzt noch für den Kläger bei einem contractus incertus faktisch unvermeidlich, sich auf eine möglichst unbestimmte Prozeßbitte, entsprechend etwa dem alten quidquid dare facere oportet zu beschränken.

Freilich wissen wir davon bei unserer sehr mangelhaften Kenntniß des nachklassischen Prozeßrechtes nichts Näheres; auch scheint es, daß in der nachklassischen Klagschrift eine taxatio des Prozeßgegenstandes[3]) (C. J. 3, 10, 1, 3) üblich oder selbst geboten war — die Kompetenzabgrenzung der defensores sowie die Sportelordnung für die Zustellungsorgane

---

1) Paul. S. R. 1, 10.

2) Consult 5. 1—7. Hierbei halte ich das im § 7 citirte diocletianische Reskript für wesentlich entstellt durch eigene Zusätze des Verfassers. Insbesondere wird die Erfindung einer plus petitio aestimatione schwerlich auf Diocletian zurückgehen. Ob sie mit der von Zeno, C. J. 3, 10, 1, 3 erwähnten taxatio litis (s. das im Text Folgende) zusammenzustellen ist, muß hier unerörtert bleiben.

3) Nicht zu verwechseln mit dem von Baron, Kondikt. § 8 angenommenen Selbstschätzungsrecht, wonach die Klage selbst auf die taxatio ginge.

setzen eine derartige ziffermäßige Limitirung des Streitwerths eigentlich voraus. Aber eine solche Limitirung begründet, wie schon die klassische condemnatio cum taxatione zeigt, keineswegs eine strenge Geldklage, sondern ist nur die Grenze des eingeforderten incertum. Daß auf incertum selbst noch im justinianischen Prozeß geklagt werden konnte [1]), dürfte denn auch positiv aus dem Begriff der condictio certi und ihrem Gegensatz zur incerti sowie aus folgenden Stellen hervorgehen.

C. J. de plus pet. 3, 10, 1, 3: *εἰ δέ τις ἔλαττον τῆς ἀληθείας διετιμήσατο τὴν ἑαυτοῦ δίκην, μὴ προσεχέτω τούτῳ ὁ δικάζων, ἀλλὰ πρὸς τὴν ἀληθῆ ποσότητα τὴν ψῆφον ἐκφερέτω.* (Quod si quis litem suam minoris quam re vera est taxaverit, iudex ad id non respiciat, sed in veram quantitatem sententiam ferat.) Hier ist eine zu niedrige taxatio, im Uebrigen aber offenbar Klage auf incertum vorausgesetzt.

J. de act. 4, 6, 32: Curare autem debet iudex ut omnimodo quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum sit.

C. J. de sententia quae sine certa quantitate prolata est 7, 46, 3: haec sententia: ‚omnem debiti quantitatem cum usuris competentibus solve' iudicati actionem parere non potest, cum apud iudices ita demum sine certa quantitate facta condemnatio auctoritate rei iudicatae censetur, s i p a r t e a l i q u a a c t o r u m c e r t a s i t q u a n t i t a s c o m p r e h e n s a.

---

1) Die Wortstrenge des alten quidquid dare facere oportet mag dabei weggefallen sein; sachlich war die intentio die gleiche. Für die Kondemnationsklauseln ist uns Aehnliches bezeugt bei der a° de peculio et de in rem verso, vergl. Lenel, Ed. perp. 224.

C. J. eod. 4:

haec sententia: ‚quae bona fide accepisti solve' cum incertum esset, quid accepisset quantumque ab eo peteretur (praesertim cum ipse qui extra ordinem iudicabat interlocutus sit, dotem datam quae repeteretur, non liquidam esse)[1]), iudicati auctoritate non nititur[2]).

Ist demnach ersichtlich, daß ein unbestimmtes Petit im nachklassischen Prozeß möglich war, so ist mit Rücksicht auf die Gefahren der plus petitio auch außer Zweifel, daß ein solches die Regel gebildet haben wird. Es bestand also der Gegensatz von Klage auf certum (condictio), welche sich auf die schon dem klassischen Recht eigenthümlichen Rechtsgründe beschränkte, und der Klage auf incertum in voller Schärfe fort.

III. Eine Aenderung dieses Zustandes wurde erst möglich durch die Neuregelung des Rechtes der plus petitio.

Hierüber hat zunächst Kaiser Zeno a° 486 oder 487 eine Verfügung getroffen[3]). Allerdings bezieht sich diese nur auf plus pet. tempore. Wer zu früh klagt, wird zwar nicht definitiv, aber doch derzeit abgewiesen und muß mit der neuen Klage doppelt so lange warten, als um wie viel er zu früh geklagt hat. Auf andere Fälle der Zuvielforderung scheint die Bestimmung sich nicht bezogen zu haben; nach der bei Justinian erhaltenen Ueberlieferung enthält sie nur noch die

---

1) Hierher das praeiudicium „quanta dos sit", Gai. 4, 44? Anders Lenel, Ed. 314.

2) Die beiden letztcitirten Stellen enthalten allerdings Reskripte, die noch einer von der justinianischen ziemlich entfernten Zeit angehören; aber sie hätten unmöglich aufgenommen werden können, wenn unter Justinian die Klage immer auf certum gelautet hätte. Dagegen ist die condemnatio taxatae quantitatis in C. 8, 38, 3 und 4, 39, 4 offenbar einem ganz anderen Rechtszustand zugehörig (iudex delegatus mit formula, s. meine Abhandlung Hermes Bd. 30 S. 580).

3) C. J. de plus pet. 3, 10, 1.

eine, dem Kläger günstige Anordnung, daß, wenn die Taxatio der Klage nicht dem vollen Anspruch des Klägers entspricht, dies demselben nicht präjudiziren, sondern der Richter auf den vollen nachweisbaren Anspruch kondemniren soll.

Dazu hat nun Justinian noch eine Bestimmung hinzugefügt, deren Datum uns zwar, da sie aus den Basiliken restituirt ist, nicht genau bekannt ist, die jedoch in den Institutionen bereits citirt wird [1]). Sie bezieht sich auf die plus petitio re; wer diese begeht, hat dem Beklagten die dem höheren Petit entsprechenden höheren Sporteln, welche dieser dem Exekutor hat zahlen müssen, im dreifachen Betrag zu vergüten. Ein causa cadere des Klägers tritt jedoch nicht mehr ein. Ja noch mehr, selbst die Gefahr der dreifachen Sportelvergütung war leicht zu vermeiden. Aus J. 4, 6, 34 ersehen wir nämlich, daß die Praxis unter Justinian dem, der bei der condictio certi ursprünglich zu wenig verlangt hatte, eine Erhöhung seines Petits im Laufe des Prozesses anstandslos gestattete [2]). Es brauchte also der über den Umfang seines Anspruchs zweifelnde Kläger sein Klagepetit nur möglichst niedrig zu stellen und die Erhöhung dem Prozeß vorzubehalten, um jedem Sportelersatz zu entgehen.

Somit war im justinianischen Recht dasjenige Moment hinweggefallen, welches in der früheren Zeit dem Gläubiger die Klage auf certum in den Fällen, wo sie nicht obligatorisch war, verleiden mußte. Nun war allerdings noch ein zweiter Umstand vorhanden gewesen, welcher bei der Verwendung dieser

1) I. de act. 4, 6, 24.

2) Man stützte sich dabei auf die Bestimmung Zenos (oben S. 391) εἰ δέ τις ἔλαττον τῆς ἀληθείας, διετιμήσατο τὴν ἑαυτοῦ δίκην, μὴ προσεχέτω τούτῳ ὁ δικάζων, ἀλλὰ πρὸς τὴν ἀληθῆ ποσότητα τὴν ψῆφον ἐκφερέτω. Es ist mehr als zweifelhaft, ob das der wahre Sinn des Gesetzes war; dieses dachte wohl nur an eine Klage auf incertum mit beigefügter taxatio.

Klage dem älteren Recht die möglichste Oekonomie auferlegt hatte, nämlich der, daß, wie schon erwähnt, das prätorische Prozeßrecht „si certum petetur" dem Kläger die Delation des iusiurandum in iure und das Begehren einer sponsio tertiae partis verstattete. Es wurde bereits betont, daß auch diese beiden offenbar mit der Natur des strengen Kreditvertrags zusammenhängenden Bestimmungen die klassische Zeit dazu zwingen mußten, die ursprünglichen Grenzen der strengen Geldklage festzuhalten, daß es offenbar nicht gestattet sein konnte, daß ein Kläger, der allenfalls die Gefahr der plus petitio auf sich nehmen wollte, bei einer a° bonae fidei dem Beklagten jene prozessualischen Gefahren aufdrängte, welche nur für bestimmte Rechtsverhältnisse gerechtfertigt waren.

Auch in dieser Beziehung steht zu Justinian's Zeit alles anders. Die sponsio tertiae partis ist längst unpraktisch, und der Zwangseid ist hier, in Folge einer Entwickelung, welche sich wohl schon lange in der Praxis vorbereitet hatte, aber jedenfalls durch Tribonian's Hand zum bewußten Abschluß gebracht wurde, allgemein und bei jeder Klage zulässig geworden, bildet also nicht mehr eine spezifische Gefahr der a° si certum petetur, vor welcher der Beklagte zu schützen wäre. Die Kompilatoren haben diese Verallgemeinerung unter anderem auch dadurch zum Ausdruck gebracht, daß sie im Codex das Edikt de iureiurando, welches einstmals unter der Ediktsrubrik si certum petetur gestanden hatte, dieser vorangestellt und mit der Aufschrift des Edikttitels „de rebus creditis" zu der Titelrubrik 4, 1 verschmolzen haben, welcher dann 4, 2 der Titel si certum petetur nachfolgt.

IV. Diese Veränderungen nun sind meines Erachtens der Grund, weshalb die Byzantiner sich veranlaßt sahen, eine condictio certi ex omni causa zu schaffen. Dieselbe ist die naturgemäße Reaktion gegen die in ihren Vorlagen vorfind-

liche und nunmehr zwecklos gewordene sachliche Beschränktheit des alten „si certum petetur“. In der That bestand zu ihrer Zeit gar kein Grund mehr, dem Gläubiger aus einem contractus incertus die Klage auf certum zu verweigern. Andererseits aber ist evident, daß die bestimmte Prozeßbitte, wie sie in der Klage auf certum zum Ausdruck kommt, bloß das Natürliche ist. Nur der kunstvolle Mechanismus des klassischen Prozeßrechtes mit seiner blankettmäßig vorgearbeiteten formula konnte es fertig bringen, die natürliche Bezeichnung dessen was man will, durch die Floskel „quidquid sqq.“ zu ersetzen, welche alles und nichts besagt; es ist nur begreiflich, wenn die spätere Zeit dies wenigstens als obligatorische [1]) Klagform nicht mehr verstanden hat. Es ist schon auffallend genug, daß die Strafe der plus petitio in ihrer nachklassischen entseelten Gestalt sich so lange aufrecht erhalten konnte; sobald auch sie durch Justinian beseitigt war, mußte die Natur über die Kunst siegen, und die Byzantiner sind hier wie so oft trotz aller scheinbaren Barbarei nur in ihrem Recht, wenn sie das Zeitgemäße radikal einzuführen suchen. Die Tendenz, hier Abhülfe zu schaffen, tritt denn auch in ganz deutlicher Weise im Digestentitel 12, 1 entgegen; er lautet: De rebus creditis, si certum petetur et de condictione. Für das dritte Glied dieser Trichotomie bestand in dem sonst befolgten Ediktssystem [2]) kein Vorbild; es ist von der Kommission mit besonderer Rücksicht auf ihre Leistungen in fr. 9 des Titels zugefügt worden.

Geht man nun dieses fr. 9 selbst in seinem dispositiven Theil, prooemium bis § 2 — der Rest ist Kasuistik — durch, so ist das Proömium offenbar gänzlich neu gestaltet worden.

1) Daß es fakultativ auch unter Justinian noch vorkommt, wurde schon bemerkt, s. oben S. 391.

2) Anders vielleicht in den Sabinusschriften, Lenel, Sabinussystem 72.

Ulpian wird vielleicht die Fälle taxativ aufgezählt haben, in denen zu seiner Zeit die a° certae creditae pecuniae möglich war; die Kompilatoren reißen hier jede Schranke nieder. Nur eine Ausnahme erkennen sie an: licet nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio; ceterum si in diem sit vel sub condicione obligatio, ante diem vel condicionem non potero agere. Diese Bemerkung an dieser Stelle ist nun höchst auffällig, weil sie ganz heterogene Dinge hereinzieht; die Frage nach der Klageform hat offenbar mit den materiellen Voraussetzungen der Klagemöglichkeit nichts zu thun, und das eine durch das andere zu bedingen, ist ungefähr ebenso geistreich, wie wenn Jemand sagen wollte: Man kann Rehe mit Schrot schießen, aber auch mit der Kugel; denn mit der Kugel kann man alles schießen, nur nicht zur Schonzeit. — Dennoch, oder gerade weil sie so unvermittelt kommt, fordert die Expektoration der Byzantiner zu einigem Nachdenken auf; sie hatten jedenfalls einen bestimmten Grund, vor vorzeitiger Klagestellung zu warnen. Wie nun, wenn dieser Grund gerade darin gelegen sein sollte, daß die neuen Bestimmungen über die plus petitio sie zur Schaffung der condictio certi veranlaßt oder doch mitveranlaßt hatten? Diese Bestimmungen sind, wie wir wissen: plus petitio re schadet dem Kläger nicht — wenigstens nicht an seinem materiellen Recht, sondern nur bezüglich der Sportelkosten; plus petitio tempore aber bringt Abweisung und verdoppelte Wartefrist mit sich. Ist es nicht möglich, daß gerade das der Grund war, weshalb die Kompilatoren es nicht für überflüssig hielten, vor dieser zu warnen? Ihre Bemerkung ist also keinenfalls unerklärlich; ja ich bin geneigt in dieser Hypothese

sogar eine direkte Unterstützung der dargelegten Entwickelung zu erblicken [1]).

Der § 1 beginnt mit den Worten: Competit haec actio etiam ex legati causa et ex lege Aquilia. Darf man hierüber eine Vermuthung wagen, so ist es die, daß Ulpian wahrscheinlich das gerade Gegentheil gesagt hat. Die Klage aus dem Damnationslegat, an welche allein gedacht sein kann, ist keine condictio im technischen Sinne, d. h. keine abstrakte Klage, sondern lautet auf ex testamento dare oportere und wird demnach niemals condictio genannt [2]); außerdem hat sie die Eigenthümlichkeit der Litiskrescenz und bot daher für Ulpian allen Grund dar, sie den Kondiktionen entgegenzusetzen. Aehnliches gilt für die a° leg. Aquiliae. — Was im Fortgang des Paragraphen von der condictio des Universalfideikommissars gesagt ist, könnte à propos des Legats von Tribonian spontan herbeigezogen worden sein.

§ 2, mit dem Wortlaut: sive autem suo nomine quis obligatus sit, sive alieno, per hanc actionem recte convenitur, scheint mir auf jene, im Folgenden zu besprechenden Fälle gemünzt zu sein, wo neben einer actio adiecticiae qualitatis in den Digesten die condictio erscheint. Wenn Ulpian von dieser Frage überhaupt gesprochen hat, was nicht unmöglich ist, weil schon Julian es gethan hat (D. 12, 1, 29), so hat er gewiß etwas ganz anderes gesagt, als jetzt dasteht. Es ist aber auch möglich, daß der ganze Passus von den Kompilatoren, die ihr Interesse für diese Frage auch in den

1) Früher erschien es mir denkbar, daß die Kompilatoren Gaius 4, 131 vor Augen hatten, wo gesagt ist, daß „saepe ex una eademque obligatione aliquid iam praestari oportet, aliquid in futurâ praestatione est“, und daran die Bemerkung geknüpft wird, daß hier a° cum praescriptione nothwendig ist. Aber bei wiederholter Ueberlegung halte ich diese Erklärung für ganz unwahrscheinlich.

2) Baron, S. 131—138.

Institutionen (4, 7, 8) an den Tag legen, frei erfunden worden ist.

Nach alledem hat das „vielgequälte" Fragment für mich weder im Ganzen noch im Einzelnen etwas Auffallendes. Es erscheint mir sogar als ganz vernünftig, daß in dem Zeitpunkt, wo die alten Eigenthümlichkeiten der Klage auf certum beseitigt wurden, ihr Anwendungsgebiet sich von selbst erweiterte.

II.

Condictio und actio adiecticiae qualitatis.

Es sind nunmehr noch zwei oben (S. 387) zurückgestellte Fragmente näher zu besprechen, welche die allgemeine Konkurrenzkondiktion anzuerkennen erscheinen. Sie sind auch in den Institutionen Justinian's besonders berücksichtigt worden.

Die Institutionen 4, 7, 8 besagen: Illud in summa admonendi sumus, id quod iussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem eius versum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur directo posse condici placet, quia huius quoque iussu contractum intelligitur.

Diese sehr allgemeine Aeußerung ist vom Standpunkt des justinianischen Rechts, welches zwischen Civil- und prätorischem Recht nicht oder nur noch honoris causa unterscheidet und gleichzeitig aus jedem Kontrakte eine certi condictio zuläßt, nur in der Ordnung und im Einklang mit dem oben besprochenen § 2 in D. 12, 1, 9. Wie aber stand es im klassischen Recht?

Ehe diese Frage erörtert wird, wird es angemessen sein, eine terminologische Bemerkung vorauszuschicken. Wenn sich

in den Digesten Aussprüche finden, die ganz generell sagen, neben dieser oder jener adjektizischen Klage sei die condictio zulässig, so kann condictio hier zunächst verstanden werden im gewöhnlichen Sinne, als strenge und abstrakte Klage. Ich kann mir aber auch denken, daß einer oder der andere unter condictio, wo es der prätorischen Klage entgegengesetzt wird, die Civilklage schlechthin versteht, eine Auffassung, die selbst bewährten Kennern gelegentlich nicht fern liegen dürfte, und zu welcher die Definitionen des Gaius 4, 5 und Ulpian D. 44, 7, 25 hinzuführen scheinen [1]).

Dem gegenüber glaube ich ganz bestimmt, daß condictio bei den klassischen Juristen niemals die civile obligatorische Klage schlechthin bedeutet.

Wenn allerdings Gaius sagt: „Appellantur autem in rem quidem actiones vindicationes, in personam autem actiones quibus dari fierive oportere intendimus, condictiones", so ist dies immerhin zweideutig und kann, insbesondere wenn man den Relativsatz quibus — intendimus nicht einschränkend, sondern als eine ungefähre und ungenaue Beschreibung der persönlichen Klage im Allgemeinen auffaßt, zu der angefochtenen Meinung verleiten. Man sollte jedoch nicht übersehen, daß Gaius hier, wie so oft, einer älteren Vorlage folgen dürfte. Die ältere Zeit gebraucht, wie wir jetzt wissen, actio technisch als Bezeichnung der Spruchformel, im Gegensatz zu iudicium, der Schriftformel. In ihrem Sinne werden daher mit den actiones in personam als Gegensatz zu den a^nes in rem nur legis actiones gemeint sein, also nur strenge civile Klagen; die bonae fidei iudicia und alle prätorischen Klagen, da sie stets nur Schriftformeln gehabt haben,

1) Dazu vergl. Pernice, Lab., Bd. 3, 1 S. 202 Anm. 1.

sind von der Eintheilung von vornherein ausgeschlossen [1]). Nach dem Aufkommen eines jüngeren Sprachgebrauchs, der die strengen civilen Klagen als condictiones bezeichnete, ist es dann ganz erklärlich, daß man diese in der Schulklassifizirung den alten actiones in personam substituirte [2]), wobei allerdings die civilen Deliktsklagen vernachlässigt sind. — So möchte ich auch von der citirten Aeußerung Ulpian's: „Actionum genera sunt duo, in rem quae dicitur vindicatio et in personam quae condictio appellatur" voraussetzen, daß sie den Nachklang eines altüberkommenen Schemas darstellt.

Man wird deshalb an die condictio im strengen und einzig quellenmäßigen Sinn zu denken haben, wenn sie irgendwo neben den adiecticiae erwähnt wird. Das aber geschieht bei

Paulus 4 ad Plautium D. 12, 1, 29: Si institorem servum dominus habuerit posse dici Iulianus ait, etiam condici ei posse a quo praepositus sit, quasi iussu eius contrahatur.

Idem 30 ad Ed. D. 14, 3, 17, 4 u. 5: Proculus

---

1) Das ist wohl auch Wlassak's Meinung (bei Pauly-Wissowa, Bd. 1 S. 306; weniger deutlich Proz.-Ges., Bd. 1 S. 32 f.); die Erkenntniß des Gegensatzes von actio und iudicium, durch den erst obige Erklärung der Gaiusstelle ermöglicht wird, ist sein Verdienst.

2) Als Entschuldigung für den in einem Lehrbuch immerhin sehr bedenklichen Anachronismus, auf einem veralteten Begriff der actio fortzubauen, hätte Gaius geltend machen können, daß er den zu seiner Zeit richtigen allgemeinen Begriff der persönlichen Klage in 4, 2 und 3 entwickelt hat und demnach in 4, 5 verlangen kann, dahin verstanden zu werden, daß er nur noch zwei besondere Termini präzisirt. Darum ist auch der Relativsatz „(in personam actiones) quibus dari fierive oportere intendimus" von ihm gewiß als unumgängliche Beschränkung seiner Definition gedacht worden und darf auch nicht so aufgefaßt werden, daß er das dari fierive oportere ex fide bona mitumfaßt. Es ist auch gar nicht unwahrscheinlich, daß seine Vorlage jene Beschränkung bei der Eintheilung der actiones in rem und in personam noch gar nicht für nothwendig befunden hat.

ait si denuntiavero tibi ne servo a me praeposito crederes, exceptionem dandam ‚si ille illi non denuntiaverit, ne illi servo crederet'. Sed si ex eo contractu peculium habeat aut in rem meam versum sit, nec velim quo locupletior sim solvere, replicari de dolo malo oportet. Nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena jactura lucrum quaeram. § 5. Ex hac causa etiam condici posse verum est.

M. E. sind nun in beiden Fällen von Paulus wahre Konditionsthatbestände vorausgesetzt gewesen, so daß die beiden Fragmente mit der allgemeinen Konkurrenz-condictio erst im Sinne der Kompilatoren in Verbindung stehen. — Keine Gegeninstanz bildet es natürlich, wenn die Kompilatoren, wenigstens in der ersten Stelle, diesen Thatbestand nicht ersichtlich machen; ihnen, mit ihrer generellen Konkurrenz-condictio, konnte nicht das Mindeste daran liegen, ja sie hatten eher das entgegengesetzte Interesse, einen spezialisirenden Ausspruch thunlichst zu verallgemeinern. — Geht man von obiger Voraussetzung aus, die, wie gesagt, dem Sprachgebrauch der Quellen allein entspricht, so ist zunächst in der zweitabgedruckten Stelle die Bezugnahme auf einen Darlehns- resp. Bereicherungsfall auf der Hand liegend. Wer nicht mit vorgefaßter Meinung an die Sache herantritt, wird in den Worten „**ex hac causa etiam condici posse verum est**" das **ex hac causa** nicht auf den abstrakten institorischen Kontrakt, sondern auf den vorangeschickten Rechtsfall beziehen[1]); er müßte sich denn durch die Paragrapheneintheilung irre machen lassen. Dieser Rechtsfall aber dreht sich um ein Dar-

1) So auch Tuhr, a° de in rem verso, S. 247 f., dessen Auslegung der Stelle mir im Uebrigen nicht annehmbar erscheint.

lehn resp. die daraus verbleibende Bereicherung. — Etwas komplizirter ist die Darlegung, daß auch D. 12, 1, 29 auf ein Darlehn sich bezieht. Hier muß man sich nur erinnern, daß die Stelle aus Paulus 4 ad Plautium entnommen ist, wovon sich ein Bruchstück wiederfindet in

D. 15, 4, 5 pr.: Si dominus vel pater pecuniam mutuam accepturus iusserit servo filiove numerari, nulla quaestio est, quin ipsi condici possit; immo hoc casu de iussu actio non competit.

Nun läßt sich natürlich nicht beweisen, daß beide Stellen ursprünglich im Zusammenhang gestanden sind; aber die Möglichkeit ist zweifellos vorhanden. Jedenfalls zeigt die zweite Ausführung des Paulus, daß wir gar keine Nöthigung haben, die condictio in der ersten Stelle für etwas anderes als die Darlehnsklage anzusehen.

Materiellrechtlich ergiebt sich daraus nur so viel, daß Julian im Fall eines vom Gewalthaber jubirten Darlehns und, in der Präposition einen generellen Jussus erblickend, auch beim Darlehn eines servus institor die civile Darlehnsklage gegen jenen zuließ. Welcher Ansicht Paulus war, ist nicht sicher festzustellen; wo er persönlich spricht — in D. 14, 3, 17, 5 — weiß man nicht recht, ob er die Klage aus dem Darlehn giebt oder aus der Bereicherung.

Hiermit ist die Sache, soweit sie unsere spezielle Frage angeht, erledigt. Es läßt sich jedoch daran noch die Frage anknüpfen, wie Julian zu seiner These kam? Pernice[1]) hat den Jussus für ein altciviles Institut gehalten, wonach die Wirkungen der jubirten Handlung direkt — wie durch unmittelbare Stellvertretung — in der Person des Jubenten

1) Labeo, Bd. 1, S. 511 f.

entständen; daß dann die a° quod iussu kaum geschaffen worden wäre, ist klar. Es wird indessen eher der umgekehrte Hergang anzunehmen sein; die prätorische a° quod iussu ist, wie so manche andere prätorische Rechtsinstitute, ins Civilrecht recipirt worden. Da die Haftung des Jubenten nach prätorischem Recht eine ganz regelmäßige war, fand man zuletzt sogar ein civiles dare oportere gegründet.

Uebrigens ist es nicht erst Julian, der diese Reception bei der a° quod iussu voraussetzt. Aus D. 17, 2, 84:

> Labeo 6 poster. a Iavoleno epitomatorum. Quotiens iussu alicuius vel cum filio eius vel cum extraneo societas coitur, directo cum illius persona agi posse, cuius persona in contrahenda societate spectata sit

geht hervor, daß mindestens schon Javolen, vielleicht sogar Labeo auf demselben Standpunkt stand. Nebstbei bemerkt, wird die Stelle interpolirt sein; daß der Jussus, mit dem Extraneus eine Gesellschaft einzugehen, wirksam ist, kann nicht der Fall gewesen sein. Die Kompilatoren konnten das sagen, weil nach J. 4, 7, 8 in jedem Fall der a° exercitoria und institoria (daher auch quasi institoria) ihre Konkurrenz-condictio eintritt. Sie haben auch eine Spur ihres Wirkens hinterlassen in der ungeschickten Wiederholung „cum illius persona (!) agi posse, cuius persona . . . spectata sit". Die Stelle wird ursprünglich gelautet haben:

> quotiens iussu patris cum filio societas coitur, directo cum patre agi posse, cuius persona in contrahenda societate spectata sit.

Die Stelle giebt nicht bloß wie Julian die condictio eines Darlehns, sondern anscheinend die actio pro socio. Ob es damit seine Richtigkeit hat, mag dahingestellt bleiben; man müßte dann annehmen, daß auch Julian sie gegeben haben

würde. Daß damit ein gutes Stück direkte Stellvertretung eingeführt war, ist nicht zu verkennen.

Bei der a° exercitoria und institoria war der Prozeß der Reception ins Civilrecht noch nicht so weit gediehen. Für die erstere ist eine Ueberlieferung nicht gegeben; die letztere beginnt erst Julian hervorzuziehen und zwar nach Analogie der quod iussu. Daß diese voranging, deutet auf ihr höheres Alter hin.

Es läßt sich hieraus — und hier schließt unsere Betrachtung mit einer allgemeinen Perspektive — auch ersehen, auf welchem Weg das römische Recht zur direkten Stellvertretung gekommen sein würde, wenn nicht die Versteinerung eingetreten wäre. Was bei der institoria von Julian nur für den servus institor, dem die Analogie des quod iussu zu Gute kam, angenommen wird, wäre bei Papinians quasi institoria mit der Zeit auch für die Vertretung durch freie Mittelspersonen zur Anerkennung gelangt.

IV.

Willkür und Willenserklärung.

Vom Gerichtsassessor und Privatdozenten Dr. **Franz Leonhard**
in Göttingen.

I.

Einer der Hauptvorzüge unseres B.G.B. ist seine Enthaltsamkeit. Der Versuchung, alle alten Streitfragen um jeden Preis zu beseitigen und unlösbare Knoten mit dem Schwerte des Gesetzgebers zu durchhauen, hat man mit Erfolg Widerstand geleistet. Wohl mag Manchen eine gewisse Enttäuschung beschleichen, wenn er sieht, wie noch so viele dieser alten Zweifel auch künftig fortbestehen werden. Aber ein Tadel, den man deswegen gegen die Gesetzgeber erheben wollte, würde in den meisten Fällen auf die Wissenschaft zurückfallen. Es fehlte eben noch an gar mancher Stelle an einer genügenden Klärung der Begriffe und Ansichten — und da that das Gesetzbuch am besten, zu schweigen. Auch in dieser Kunst unterscheidet es sich sehr vortheilhaft von dem ersten Entwurfe.

So hatte der Entwurf (§ 138) die alte Lehrbuchregel übernommen, daß es unzulässig sei, eine Verbindlichkeit durch aufschiebende Bedingung von dem bloßen Willen des Verpflichteten abhängig zu machen. Eine Ausnahme war im § 79 für gegenseitige Verträge zugelassen. Im Gesetzbuch sind dagegen beide Bestimmungen gestrichen. Die Protokolle (S. 75, 185) erklären, daß die Frage der Wissenschaft und Praxis

überlassen sei, und verweisen auf die Analogie des Kaufs auf Probe, der im Gesetzbuch (§§ 495, 496) besonders geregelt ist. Dies war insofern nicht unbedenklich, als der Kauf auf Probe in der gemeinrechtlichen Wissenschaft von Vielen als Ausnahmefall betrachtet wurde. Und so ist diese Ansicht denn in der That auch für das bürgerliche Recht wieder aufgenommen worden [1]). Auch für dieses hat man den Grundsatz aufgestellt, daß der Wille des Verpflichteten in der Regel nicht Inhalt einer aufschiebenden Bedingung sein könne [2]).

So viel wird man zugeben müssen, daß dies für letztwillige Verfügungen nach dem Grundsatze des § 2065 unzulässig ist. Aber daraus wird man nichts für andere Rechtsgeschäfte schließen können. Ebensowenig ist andererseits ein sicherer Rückschluß darauf zu gründen, daß es dem Verpflichteten überlassen werden darf, den Inhalt der Leistung zu bestimmen (§§ 315, 2151 ff., 2192). Daher sind wir bei der Entscheidung der Frage darauf angewiesen, auf das frühere Recht zurückzugehen und die Grundsätze zu ermitteln, die nach ihm zur Zulassung des Kaufs auf Probe geführt haben. Im Sinne dieser Sätze dürfen wir dann den § 495 B.G.B., der vom Kauf auf Probe handelt, verallgemeinern. Wir haben unser Augenmerk dabei auf die Regeln des römisch-gemeinen Rechtes zu richten, weil sie allen ähnlichen Vorschriften der deutschen Gesetzgebungen zu Grunde liegen.

II.

Die römischen Quellen sprechen mehrfach aus, daß ein Geschäft unter der Bedingung si volam oder voluero nicht

1) Endemann, Lehrbuch, Bd. 1 S. 728.

2) Hellmann, Vorträge, S. 158; Endemann, S. 326, 728; vergl. aber auch Planck, Kommentar, Bd. 1 S. 205 Nr. 8 zu § 158.

gültig geschlossen werden kann: und zwar ebenso für Käufe wie für Testamente und Stipulationen.

Die herrschende Meinung leitet daraus die Regel ab: die Geltung eines Geschäfts darf nicht vom Willen des Verpflichteten abhängig gemacht werden, weil diese Bedingung das Vorhandensein des erforderlichen Verpflichtungswillens ausschließt.

Der Eindruck dieser Regel wird sofort erheblich abgeschwächt, wenn wir sehen, daß ihre Anhänger in wichtigen Punkten von einander abweichen. Nach der Ausdehnung, die ihr die ältere Theorie gegeben hat, soll man die Verpflichtung überhaupt nicht auf einen Willen des Schuldners stellen können — ohne daß es auf den Inhalt dieses Willens ankommt. Unter den Neueren ist dagegen mehr und mehr die Ansicht durchgedrungen, daß nur der Wille, der gerade auf diese Verpflichtung selbst gerichtet ist, nicht zur Bedingung erhoben werden darf, wohl aber jeder anderweite Wille des Verpflichteten [1]).

Ferner gehen die Ansichten erheblich bei der Frage auseinander, ob die Regel sich auch auf Handlungen bezieht, die vom Belieben des Verpflichteten abhängen. Einig ist man darüber, daß nicht nur der innere Wille, sondern auch seine Erklärung darunter fällt. Dagegen giebt es andererseits zahlreiche Bedingungen, wie z. B. alle Strafversprechen, die zulässig sein müssen, obwohl sie auch vom Willen des Verpflichteten abhängig sind. Man unterscheidet daher allgemein [2]) zwischen dem bloßen Wollen und äußeren Handlungen

---

1) Windscheid, Pandekten, Bd. 1 S. 264 Anm. 6, und darüber Fitting, Arch. f. civ. Praxis, Bd. 46 S. 261; Unger in diesen Jahrbüchern, Bd. 25 S. 346 Anm. 58; Enneccerus, Rechtsgeschäft, S. 276; Regelsberger, Pandekten, S. 566.

2) Ueber eine frühere, veraltete Auffassung vergl. Fitting, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 5 S. 120 Anm. 45.

— oder besser zwischen reinen Willenserklärungen und selbständigen Handlungen. Was aber das Unterscheidungsmerkmal zwischen beiden Arten sein soll, ist recht streitig. Die vorherrschende Auffassung sieht auf den inneren Willen des Versprechenden. Eine Handlung kann nach ihr dann als Bedingung gesetzt werden, wenn der Versprechende sie nicht als bloße Verkleidung des Verpflichtungswillens angesehen hat, sondern als eine von selbständigen Erwägungen abhängige That (a)[1]).

Daß diese innere Absicht nur selten festzustellen ist, haben Manche recht wohl gefühlt. Sie stellen daher greifbarere Merkmale auf. Die Einen[2]) beziehen die Regel nur auf solche Fälle, in denen ein selbständiges Interesse an der Handlung geradezu undenkbar ist (b). Nach einer anderen Ansicht[3]) ist es hingegen als entscheidend zu betrachten, ob zur Herbeiführung des Erfolges die Vornahme der Handlung genügen sollte oder ob die Parteien außerdem noch erforderten, daß die Handlung mit dem Verpflichtungswillen vorgenommen werde. Nur im letzteren Falle, wo es an einem selbständigen Motive für die Handlung gänzlich fehle, sei die Bedingung unzulässig (c).

III.

Gegenüber allen diesen Fassungen der herrschenden Ansicht ist der Einwand zu erheben, daß sie mit den Quellen

---

1) Regelsberger, Altersvorzug der Pfandrechte, S. 58 und Pandekten, S. 566; Windscheid, Bd. 1 S. 260 ff., Bechmann, Kauf, Bd. 2 S. 212 ff.; Arndts bei Glück, Bd. 46 S. 352 ff.

2) Cuiacius lib. 11 resp. Pap. in l. 121 § 1 de verb. obl. (Fabrot. op. posth., Bd. 1 S. 503); diff. Modest. in l. 52 de condit. (op. posth., Bd. 2 S. 1263); observ. lib. II c. 2 (Bd. 3 S. 28); recit. sollemn. in l. 11 de leg. III (Append. S. 808); vergl. auch Savigny, System, Bd. 3 S. 129 ff.

3) Enneccerus, a. a. O. S. 285; vergl. auch Regelsberger, a. a. O.

nicht in Einklang zu bringen sind [1]). Nach diesen unterliegt es keinem Zweifel, daß die Bedingungen si Capitolium ascenderit [2]) und si ... non ascenderit [3]) zulässig sind. Diese Beispiele sind von den Römern jedenfalls mit Absicht gewählt, um Fälle zu bezeichnen, wo die Handlung selbst ganz bedeutungslos ist [4]). Ein besonderes Interesse einer Partei an dem Spaziergang oder dessen Unterlassen ist schlechthin nicht denkbar — vergl. die Ansicht b — und daraus ergiebt sich zugleich auch gegenüber der vorherrschenden Meinung (a) der Schluß, daß die Parteien solche Handlungen eben auch nur als bloße Verkleidung ihres Willens ansehen werden. Aber selbst mit der Auffassung c lassen sich die erwähnten Stellen nicht wohl vereinbaren. Denn die Bedingung des Spaziergangs auf das Kapitol soll nach den Quellen nicht schon durch den bloßen Gang erfüllt werden: sondern nur dann, wenn der Betreffende dabei auch die Absicht hat, die Bedingung des Rechtsgeschäfts zu erfüllen. So sagt l. 2 d. de condic. 35, 1 (vergl. l. 11 § 1, l. 29 eod.) geradezu: ut paruisse quis condicioni videatur, etiam scire debet hanc condicionem insertam. Die allgemeine Fassung dieser Stellen verbietet, sie nur auf solche Bedingungen zu beziehen, die dem Berechtigten auferlegt sind [5]).

Ferner ist es nach l. 11 § 5 de leg. III statthaft, ein Vermächtniß unter der Bedingung nisi heres meus noluerit zu errichten. Mit der herrschenden Meinung ist dies un-

---

1) Fitting, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 5 S. 126 ff.; Archiv, a. a. O. S. 269 ff.

2) l. 8 d. de obl. 44, 7; l. 108 § 1 d. de verb. obl. 45, 1; l. 68 (67) d. de her. inst. 28, 5; Unger, Jahrbücher, a. a. O. S. 338 ff.

3) l. 8 d. de leg. II; vergl. auch l. 27 § 1, l. 99 § 1, 115 § 1 d. de verb. obl. 45, 1.

4) Wendt, Reurecht, Bd. 2 S. 65.

5) Fitting, Zeitschr. f. Handelsr., Bd. 5 S. 172 ff.

vereinbar. Denn auch die Annahme, daß es sich um eine auflösende Bedingung handle, kann die Schwierigkeit nicht beseitigen [1]). Man hat sich ferner darauf berufen, daß der Wille des Erblassers hier als Grundlage der Verfügung angesehen werden könne, weil er nur von dem Nichtwiderspruche des Erben abhängig gemacht sei [2]). Dies erklärt jedoch nur, weshalb die Anordnung nicht gegen den erbrechtlichen Satz verstößt, daß letztwillige Verfügungen vollkommen auf dem Willen des Erblassers beruhen müssen. Nicht aber, wie sie sich mit der herrschenden Regel verträgt, daß man Verbindlichkeiten nicht in das Belieben des Verpflichteten stellen dürfe. — Schwerlich genügt auch der Hinweis darauf, daß die Nöthigung des Erben, sich über die Verpflichtung zu erklären, einen psychologischen Druck auf ihn ausübe [3]). Denn derselbe Grund würde ebenso die Bedingung treffen, daß eine positive Willenserklärung an einem bestimmten Tage abgegeben werden soll. Von dem beredten Schweigen in einem solchen Falle muß den Erben die gleiche Scheu abschrecken.

Noch bemerkenswerther ist es, daß Paulus die Stipulation cum promissor voluerit für zulässig erklärt (l. 46 § 2 de verb. obl. 45, 1). Es handelt sich hier um eine Befristung, die aber sachlich der Bedingung vollkommen gleichsteht. Denn wenn der Schuldner stirbt, ohne die Willenserklärung abgegeben zu haben, so soll die Verpflichtung nicht auf den Erben übergehn, sondern erlöschen. Andere Juristen haben freilich bei Fideikommissen das Gegentheil angenommen (l. 11 § 6, l. 41 § 13 de leg. III), und vom Standpunkte dieser Auffassung aus würde die l. 46 gar nichts Auffallendes

1) Fitting, Zeitschr. f. Handelsr., Bd. 5 S. 157.

2) Unger, System, VI § 57 Anm. 1 und Jahrbücher, S. 332; Arndts bei Glück, Bd. 46 S. 354 ff.; Wendt, a. a. O. S. 70 ff.

3) Enneccerus, a. a. O. S. 277.

enthalten. Aber die Stelle spricht selbst mit Bestimmtheit die Ansicht aus, daß die Verpflichtung in diesem Falle mit dem Tode erlöschen soll: ita inutilem (esse stipulationem), si antequam constituas morieris. Damit ist das Bestehen der Verpflichtung auch hier ganz in das Belieben des Versprechenden gestellt, und die Zulassung dieser Befristung ist daher nach der herrschenden Ansicht nicht zu erklären.

IV.

Das Hauptbedenken gegen die herrschende Auffassung hat man aber von jeher aus der Gültigkeit des Kaufes auf Probe entnommen — einer den Quellen wie dem Leben in gleicher Weise bekannten Erscheinung.

Zeugnisse davon finden sich schon in den Digesten. Neben einigen nicht unzweifelhaften Stellen (l. 17 § 4 de praescr. 19, 5 und l. 52 § 3 ad leg. Aq. 9, 2) kommt hier vor allem die l. 20 pr. — § 2 de praescr. 19, 5 in Betracht [1]). Denn die Ausdrücke emere nolueris im Eingang der Stelle und ut, si placuisset, emeres im § 1 schließen die Möglichkeit eines bedingten Kaufes noch nicht aus. Man braucht nur daran zu denken, daß der Verfasser der Institutionen (§ 4 Inst. de empt. 3, 23) von demselben Geschäft die Wendung erit tibi emptus gebraucht. Andererseits wird aber im § 1 der l. 20 die Frage ausdrücklich darauf abgestellt, ob die emptio perfecta, d. h. ihre Bedingung erfüllt ist. Dagegen spricht auch nicht der von Mela gewählte Ausdruck contracta, da er sich auch sonst als gleichbedeutend mit perfecta findet (l. 8 § 1 de peric. 18, 6).

---

1) Dagegen Bechmann, a. a. O. S. 233 ff., und Unger, Jahrbücher, S. 342; vergl. auch Fitting, Zeitschr. f. Handelsr., Bd. 2 S. 231 und andererseits Bd. 5 S. 102 Anm. 29.

Ein unzweideutiges Beispiel eines Kaufes auf Probe enthält jedenfalls der eben erwähnte § 4 Inst. de empt., welcher lautet: Emptio tam sub condicione quam pure contrahi potest: sub condicione veluti „si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot". Der Verfasser der Institutionen führt also den Kauf auf Probe sogar als Schulbeispiel eines bedingten Kaufes an. Und das widerlegt meines Erachtens völlig die vielfach aufgestellte Behauptung, daß es sich hier um eine ganz einzeln stehende Ausnahme handle — so fein diese Ansicht auch von Bechmann begründet worden ist [1]).

Um diese Schwierigkeit zu vermeiden, hat man sich in doppelter Weise zu helfen gesucht. Man hat einerseits geleugnet, daß der Kauf auf Probe ein aufschiebend bedingter, vollgültiger Kauf ist, und andererseits, daß die Verpflichtung hier im Belieben des Käufers steht.

Goldschmidt [2]) sieht in ihm einen einseitig bindenden Vorvertrag auf Abschluß eines Kaufes, der freilich von den Römern in Ermanglung einer anderen Rechtsform in die des bedingten Kaufes gebracht sei. Danach bleibt es aber unerklärlich, wie die Institutionen diesen Ausnahmefall als Schulbeispiel eines bedingten Kaufes hinstellen konnten [3]). — Uebrigens hat erst Adler [4]) wirklich Ernst mit der Goldschmidt'schen Konstruktion gemacht. Er zieht aus ihr praktische Folgerungen: nämlich daß der Verkäufer für die Mängel nicht hafte, welche dem Käufer vor der Entscheidung bekannt würden, wohl aber für diejenigen, die während der Probezeit

1) S. 212 ff., darüber Unger, Jahrbücher, S. 325; vergl. auch Savigny, § 117 i; Regelsberger, a. a. O. S. 50 ff.

2) Zeitschr. f. Handelsr., Bd. 1 S. 270 ff., 275 ff.

3) Unger, Zeitschr. f. Handelsr., Bd. 3 S. 389.

4) in diesen Jahrbüchern, Bd. 31 S. 254.

erst entständen. Das ist aber für das römisch-gemeine Recht nicht als zutreffend zu erachten: denn die Grundsätze des ädilicischen Ediktes finden bei dem Kauf auf Probe überhaupt nicht Anwendung [1]). Nach bürgerlichem Rechte freilich werden beide Fragen im Sinne Adler's zu entscheiden sein — aber auch von dem Standpunkte des Gesetzes, wonach ein bedingter Kauf vorliegt. Denn daß der Käufer sich nicht auf Mängel berufen darf, die er vor der Billigung der Waare erkannt hat, ist unschwer aus der Analogie des § 464 oder der Annahme eines Verzichtes abzuleiten. Und andererseits entscheidet zwar für die Mängel-Haftung der Augenblick des Gefahr-Uebergangs (§ 459) und für diesen die Uebergabe der Sache (§ 446). Aber dies gilt doch nur für die Uebergabe der verkauften Sache. Ist sie dem Käufer also nur zur Probe ausgehändigt, so kann das den Uebergang der Gefahr noch nicht zur Folge haben.

Ferner hat man in dem Kauf auf Probe nur ein vertragsmäßig gesichertes Angebot sehen wollen [2]). Aber diese Auffassung entspricht weder den Quellen noch dem praktischen Bedürfniß [3]).

Von gewichtigen Stimmen wird endlich die Ansicht vertreten, daß der Kauf auf Probe ein bedingtes, aber nicht vollgültiges Geschäft sei [4]). Es soll nur der Verkäufer bedingt gebunden, der Käufer aber ungebunden sein, also eine Art hinkender Vertrag vorliegen. Von den vielen Einwänden, die

---

1) Vergl. Goldschmidt, a. a. O. S. 281.

2) Caro, Die emtio ad gustum, vergl. dazu Bekker, Krit. Vierteljahrsschr., Bd. 15 S. 532 ff., und System, Bd. 2 S. 216, 355.

3) Bechmann, a. a. O. S. 221.

4) Windscheid, S. 261 Anm. 1; Arndts, a. a. O. S. 352 N. 72; Wendt, S. 73 ff.; Seuff. Arch., Bd. 29 Nr. 216, Bd. 45 Nr. 79 vergl. auch Adler, S. 249 Anm. 75.

man gegen diese Anschauung erhoben hat[1]), ist wohl der wieder der erheblichste, daß der Verfasser der Institutionen danach als Beispiel einer bedingten emptio eine emptio nulla angeführt haben würde.

Ist sonach der Kauf auf Probe auch schon im römischen Recht ein aufschiebend bedingtes und zweiseitig verpflichtendes Geschäft gewesen: so ist andererseits auch das mit Unrecht bestritten worden, daß die Entscheidung dabei im Belieben des Käufers steht. Man hat behauptet, Inhalt der Bedingung sei die Thatsache, daß dem Käufer die Waare wirklich gefalle: so daß eine Beweiserhebung hierüber, insbesondere Eideszuschiebung, zulässig sei[2]). Diese Auffassung entspricht aber weder den Quellen noch dem Verkehr[3]). Sie ist daher durch das H.G.B. (Art. 339) und im Anschluß daran durch das B.G.B. verworfen worden. Dieses sagt im § 495 ausdrücklich, daß die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers steht.

Danach ist die Bedingung gar nicht auf das Gefallen des Käufers an der Waare gestellt, sondern lediglich auf seine Erklärung darüber. Und damit ist zugleich auch die Entscheidung über das ganze Geschäft seinem freien Belieben anheimgegeben. Allerdings wird der Zwang der Redlichkeit den Käufer meist zu der wahrheitsgemäßen Angabe nöthigen[4]). Aber auch dann noch steht die Entscheidung in weitem Um-

---

1) Fitting, Archiv, S. 267; Bechmann, S. 221 ff.; Unger, Jahrbücher, S. 327; Enneccerus, S. 280; vergl. auch l. 7 pr. de contr. 18, 1 und c. 13 c. cod. 4, 38.

2) Unger, Zeitschr. f. Handelsr., Bd. 3 S. 407 ff.; Scheurl, Beiträge, S. 92, 216; Brinz, Pandekten, 1. Aufl. S. 1469, 2. Aufl. (Lotmar) Bd. 4 S. 136.

3) Fitting, Zeitschr. f. Handelsr., Bd. 5 S. 90 ff.; Bechmann, S. 228 ff.

4) Unger, Jahrbücher, S. 351; Enneccerus, S. 278.

fange in seiner Hand. Denn es handelt sich nicht um das Gefallen an einer Sache schlechthin, sondern an ihr als Waare, und das muß von dem Preis und dem Bedürfniß des Käufers mit abhängig sein [1]). Und wie steht es, wenn der Käufer die Unwahrheit sagt? Man nehme an, er habe sich die „Probe" nur ausbedungen, um zu Hause noch einmal seine verfügbaren Mittel zu überschauen? Oder gar nur in der Absicht, die Waare einmal unentgeltlich benutzen zu können? Nach der herrschenden Meinung, die auf die subjektive Absicht des Käufers sieht, würde das Geschäft dann ungültig sein. Das widerspricht aber in gleicher Weise den Bedürfnissen des Verkehrs und den Gesetzen. Nach der anderen Ansicht (b), die ein mögliches Interesse der Parteien an der Handlung erfordert, steht die Sache nicht besser. Denn welches Interesse sollte der Verkäufer wohl daran haben können, daß ihm der Käufer noch einmal sein Gefallen an der Waare ausspricht! Ihm ist vielmehr offenbar nur daran gelegen, daß der Käufer sie nimmt. Mit mehr Anschein ist von den Vertretern der letzten Auffassung (c) ausgeführt worden, daß die Erklärung des Käufers auf einem selbständigen Motive beruhe und deshalb nicht als bloße Kundgebung des Geschäftswillens in Betracht komme. Und doch möchte ich auch das bestreiten. Schreibt der Käufer einer Maschine an den Gegner: Ihre Maschine gefällt mir sehr gut, ich werde mich in 8 Tagen über das Geschäft entscheiden: so ist damit die Bedingung m. E. noch nicht erfüllt. Und ebensowenig, wenn der Käufer sie gegenüber dem Verkäufer lobt, den er irrthümlich für einen unbetheiligten Anderen hält. Vielmehr gehört zur Erfüllung, daß der Käufer sein Gefallen eben in der Absicht erklärt, das Geschäft zu vollenden. Es ist also nicht anders, als bei dem

1) Fitting, Zeitschr., Bd. 5 S. 112; Bechmann, S. 230.

römischen Beispiele des Spaziergangs (oben III). Der Sache nach steht auch dies Geschäft völlig im Belieben des Verpflichteten [1]).

V.

Auch praktische Bedenken sprechen gegen die herrschende Ansicht. Die Unterscheidung zwischen reinen Erklärungs- und anderen, selbständigen Handlungen ist die Quelle schwieriger Fragen und vielfach auch gar nicht durchzuführen. Zwischen beiden liegen so viele Schattirungen von Mittelgliedern, daß sie eine scharfe Scheidung unmöglich machen [2]).

Das hat auch Unger [3]) veranlaßt, neuerdings diese Trennung aufzugeben und unter die Regel nur solche Fälle einzubegreifen, wo die Entscheidung unmittelbar in das Belieben des Verpflichteten gestellt ist. Sein Grund, daß schließlich bei jeder äußeren Handlung irgend ein Interesse unterlaufen könne, ist recht beachtenswerth. Nur würde er auch für reine Willenserklärungen zutreffen. Auch die Abgabe einer solchen kann eine Handlung von selbständiger Bedeutung sein. Ein Erblasser errichtet etwa unter dieser Bedingung ein Vermächtniß, um eine Annäherung zwischen seinem Erben und dem mit ihm verfeindeten Vermächtnißnehmer durch diese Berührung herbeizuführen. Daher liegt die Sache hier auch gar nicht anders als bei der Bedingung nisi noluerit und der Befristung cum voluerit. Ein besonderes Interesse der Parteien an dem nolle ist denn doch wohl nur in derselben Weise

1) Fitting, Zeitschr., Bd. 5, S. 112; Bechmann, S. 230; Wendt, S. 64.

2) Fitting, Zeitschr. f. Handelsr., Bd. 5 S. 149; Unger, Jahrb., S. 344 ff.

3) Ebenda S. 329 ff.; vergl. auch Enjacius, a. a. O., Wendt S. 67 ff. und Bekker, System, S. 354.

denkbar wie bei dem Erforderniß der positiven Erklärung. Sachlich stehen sich beide Bedingungen vollkommen gleich. Einen Unterschied könnte man bloß darin finden wollen, daß es nur bei dieser auch dem Wortlaut nach unmittelbar auf das Wollen abgestellt ist. Aber das würde auf die formelle Deutung Fitting's herauskommen, die Unger selbst lebhaft bekämpft.

VI.

Diese formelle Theorie — die Fitting[1]) von der Glosse übernommen hat — zeichnet sich durch große Einfachheit aus. Nach ihr ist es nur unzulässig, die Bedingung ausdrücklich und wörtlich auf den Willen des Verpflichteten zu stellen — die Worte **si volueris** oder ihr sprachlich gleichstehende Ausdrücke (**voluntas, arbitrium**) zu gebrauchen. Nur bei dieser Fassung, meint Fitting, sei es unmöglich gewesen, das Geschäft als gültig aufrecht zu erhalten, weil es hier ganz unzweideutig an dem erforderlichen Geschäftswillen gefehlt habe.

Daß der Ausdruck **arbitrium** mehrdeutig ist und bald freies Belieben, bald gerechtes Ermessen bezeichnet, kann die Fitting'sche Auffassung freilich noch nicht widerlegen[2]). Aber es scheint mir recht zweifelhaft, ob Fitting sich mit der Gültigkeit der eben erwähnten Wendung **nisi noluerit** abfinden kann. Denn hier ist es ja doch wohl auch dem Ausdruck, der Form nach auf den Willen des Berechtigten abgestellt. Dazu kommt, daß uns die formelle Regel in der Lehre vom Kauf und anderen freien Geschäften doch gar zu alterthümlich und eigenartig anmuthet. Hier versagt auch

1) Zeitschr. f. Handelsr., Bd. 2 S. 232 ff., Bd. 5 S. 119 ff., 139 ff., Archiv, S. 251 ff., 260 ff.

2) Fitting, Zeitschr., Bd. 5 S. 141 A. 76 gegen Unger, Zeitschr., Bd. 3 S. 394.

Fitting's Berufung auf die römische Regel, daß gewisse Zusätze der Gültigkeit eines Geschäftes nur dann schaden, wenn sie ausdrücklich erfolgt sind. Denn dieser Satz findet sich in den Quellen nur bei letztwilligen Verfügungen [1]) und anderen formellen Geschäften (acceptilatio und cognitoris datio) [2]), nicht aber bei freien Verträgen. Und damit hängt es schließlich auch zusammen, wenn wir sagen, daß die Fitting'sche Regel — selbst wenn sie die römische wäre — schon im gemeinen Rechte mit der Unterscheidung zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Erklärungen beseitigt sein muß, daß sie aber keinenfalls auf fernere Geltung im bürgerlichen Rechte rechnen kann.

VII.

Zeigt sich hiernach, daß weder die herrschende noch die formelle Auffassung mit den Quellen übereinstimmt, so können wir nun um so unbefangener daran gehen, die gemeinschaftliche innere Grundlage dieser beiden Ansichten zu prüfen. Sie beruhen auf demselben Grundgedanken, daß es widersinnig sei, eine Verbindlichkeit unter der Bedingung künftigen Beliebens einzugehen.

Hiervon ist Folgendes zuzugeben. Fügt man einem Versprechen die Bedingung zu: wenn ich zum ersten Mal wollen werde (cum primum voluero), so sagt man damit, daß der Wille jetzt noch nicht vorhanden sei. Aber auch sonst werden solche Zusätze häufig dahin auszulegen sein, daß der Erklärende sich überhaupt nicht, auch nicht bedingt, verpflichten will. Daß eine Verbindlichkeit dann nicht zu Stande kommt, ist ohne

---

1) l. 52 de cond. 35, 1; l. 52 (51) pr., l. 69 (68) de her. 28, 5; l. 65 § 1 de leg. I; l. 47 de cond. 35, 1.

2) l. 77 de reg. 50, 17; fragm. Vat. 329; über l. 138 § 1 de verb. obl. 45, 1 vergl. unten X.

Weiteres klar. Aber darum dreht sich auch gar nicht der Streit. Es fragt sich ja nur, wie es ist, wenn die Parteien ersichtlich nun doch eine rechtliche Verpflichtung gewollt haben: ob auch dann Nichtigkeit eintritt.

Und daß dies aus logischen Gründen nothwendig sei, muß ich entschieden bestreiten. Dieser Satz gehört zu der großen Erbschaft von Axiomen, die von jedem Nachfolger bereitwillig angetreten wird. Nur Wenige halten es für nöthig, ihn wieder zu begründen. Den Meisten schwebt wohl der richtige Satz vor, daß der Wille, das Geschäft zu schließen, nicht als Bedingung gesetzt werden kann, weil er ja unbedingt vorhanden sein muß — daß es also widersinnig ist, zu sagen: ich will, wenn ich will. Aber in unserem Falle ist Inhalt der Bedingung ja gar nicht der jetzige Wille des Versprechenden — auf den es für den Geschäftsschluß allein ankommt — sondern sein zukünftiger Wille. Beide können durchaus verschieden sein. Und deshalb muß es logisch möglich sein, zu sagen: ich will, wenn ich wollen werde.

Dies zeigt wohl am besten ein Blick auf die Begründung, die Bechmann (S. 213 ff.) dem herrschenden Dogma gegeben hat. Bechmann geht von der — nicht ganz zutreffenden[1]) — Auffassung aus, daß jede Bedingung ein eigenartiges Motiv sei, und folgert daraus, daß der eigne Wille nicht als Bedingung des Wollens gesetzt werden könne. Dieser Schluß Bechmann's beruht also auf der Annahme, daß das künftige Wollen auch nicht als Motiv des jetzigen erscheinen könne. Und da zeigt sich der Fehler jener Beweisführung. Es ist durchaus nicht unzulässig, sondern vielmehr ganz gewöhnlich, daß man den eignen künftigen Willen als Grund des jetzigen bezeichnet. Weil ich weiß, daß ich in

1) Enneccerus, S. 275 A. 1.

2 Stunden werde essen wollen, fasse ich schon jetzt den Entschluß, es zu thun. Der Unterschied zwischen dem gegenwärtigen und dem zukünftigen Willen gestattet es, dieses als Motiv und ebenso als Bedingung des ersteren anzusehen.

Dazu kommt noch ein Anderes. Unter der Bedingung si volueris versteht man allgemein die Erklärung des Willens. Diese Handlung ist nun aber doch ganz sicher etwas Anderes, als der jetzt bestehende innere Wille, und ebenso etwas Anderes, als die jetzt erfolgende Willenserklärung. Um so weniger kann also zugegeben werden, daß diese Bedingung irgendwie mit der Thatsache des gegenwärtigen Willens in Widerspruch steht.

Aber noch mehr. Der bekämpfte Grundsatz ist nicht nur unrichtig, sondern auch nicht einmal durchaus geeignet, die Ansichten der Gegner zu stützen. Es können sich nämlich bloß die Schriftsteller auf ihn berufen, die lediglich die Bedingung. das Geschäft selbst zu wollen, als Ungültigkeitsgrund betrachten (vergl. oben unter II). Und diese sind andererseits nicht im Stande, die l. 7 pr. de contr. empt. 18, 1 befriedigend zu erklären. Nach ihr ist der Verkauf eines Sklaven unter der Bedingung unzulässig, daß der Sklave nach dem Gutdünken des Verkäufers Rechnung gelegt habe. Man hat die Entscheidung darauf zurückgeführt, daß dem Verkäufer damit mittelbar auch die Entscheidung über die Gültigkeit des Kaufs gegeben sei[1]). Aber dieser Grund würde in noch stärkerem Maaße gegen die Gültigkeit des Kaufs auf Probe sprechen. Denn bei ihm ist das freie Belieben der Partei noch weniger verdeckt, als in dem Falle der l. 7, wo es doch zunächst auf die Handlung eines Dritten, des Sklaven, abgestellt ist[2]). —

1) Windscheid, S. 264 A. 6.

2) Vergl. Fitting, Zeitschr., Bd. 5 S. 181, aber auch Bechmann, S. 220.

Danach bliebe also nur noch der Ausweg Unger's [1]), eine Meinungsverschiedenheit der römischen Juristen anzunehmen. Ulpian hat nämlich daraus, daß man Vermächtnisse von der Handlung eines Dritten abhängig machen kann, geschlossen, daß auch der bloße Wille des Dritten zur Bedingung erhoben werden kann [2]). Deshalb soll er nach Unger bei unserer Frage den umgekehrten Schluß gemacht haben, daß, wie der reine Wille, so auch eine Handlung des Verpflichteten nicht Inhalt der Bedingung sein dürfe. Diese Schlußfolgerung Unger's scheint mir indessen recht gewagt. Denn es sind ja ganz andere Gründe, die bei jener ersten Frage mitsprechen — Gründe, die lediglich aus der Eigenart, der „Ethik" des Testaments entspringen [3]). Dazu kommt, daß derselbe Ulpian an anderer Stelle die Bedingung si Capitolium ascenderit für gültig erklärt — und zwar in einer allgemeinen Weise, welche gegen die Beschränkung dieses Satzes auf Handlungen des Berechtigten spricht [4]). Und schließlich behandelt Ulpian auch den Kauf auf Probe in l. 20 de praescr. verb. als ein gültiges Geschäft (vergl. oben IV).

Mit der l. 7 cit. wissen sich hiernach nur diejenigen abzufinden, die nicht bloß die Bedingung des Geschäftswillens, sondern eines jeden Willens des Verpflichteten für unzulässig halten. Hierzu gehört neben vielen Anhängern der herrschenden Ansicht auch Fitting. Daß die ersteren durch ihre Ausdehnung der Regel zu absonderlichen Ergebnissen gelangen, hat Fitting treffend dargelegt [5]): sie müssen z. B. den Verkauf

---

1) Jahrbücher, S. 339 ff.

2) Fitting, a. a. O. S. 119 n. 44, S. 155 Anm. 93, S. 168; Unger, a. a. O.

3) Fitting, a. a. O. S. 144, 168; Bechmann, S. 215.

4) l. 2 d. de cond. 35, 1; vergl. Fitting, a. a. O. S. 173 ff. und dagegen Unger, a. a. O. S. 339 Anm. 48.

5) a. a. O. S. 130.

eines Pferdes unter der Bedingung, daß der Verkäufer ein anderes — von einem Dritten auf Probe gekauftes — Pferd billigen werde, für unzulässig erklären. Aber es ist ferner leicht einzusehen, daß diese ganze Fassung der Regel — auch wie sie von Fitting vertreten wird — sich gar nicht mehr aus dem angegebenen Grundgedanken ableiten läßt. Denn daß auch ein anderer Wille des Verpflichteten, als der, sich verbindlich zu machen, das Geschäft vernichten solle: das läßt sich auf einen inneren logischen Widerspruch ganz gewiß nicht zurückführen. Es kann nicht den geringsten Widerspruch enthalten, zu sagen: ich will haften, wenn ich etwas Anderes wollen werde [1]).

Schließlich bieten uns die Quellen sogar einen unmittelbaren Beweis dafür, daß ihnen die Annahme des behaupteten logischen Widerspruchs fremd gewesen ist. Sie gestatten nämlich bei dem Vermächtniß der Freiheit eines Sklaven (fideicommissum libertatis) die Bedingung, daß der Erbe einverstanden sei [2]). Man erklärt dies gewöhnlich aus der Begünstigung, welche die Freilassungen in Rom erfuhren. Aber dann hätte es näher gelegen, die Bedingung zu streichen und dem Sklaven die Freiheit schlechthin zu gewähren. Damit wäre man sogar nur der allgemeinen Regel gefolgt, wenn man die Bedingung wirklich als eine unmögliche angesehen hätte [3]). Von diesem Standpunkte aus würde sich die Behandlung des fideicommissum libertatis also vielmehr als eine außergewöhnliche Benachtheiligung der Freiheit darstellen. Und deshalb zeigt die Zulassung der Bedingung si voluerit

---

1) Windscheid, S. 264 Anm. 6, und darüber Fitting, Archiv, S. 261.

2) l. 14, l. 17, l. 41 § 6, l. 46 de fid. her. 40, 5; c. 8 eod. tit. 7, 4.

3) Gai. III, 98; § 10 i. de her. 2, 14; l. 16 de iniust. 28, 3; l. 20 pr. de cond. inst. 28, 7; l. 3, l. 4 § 1 de cond. 35, 1.

bei diesem Vermächtniß deutlich, daß die Römer diese Bedingung eben nicht als unmöglich betrachtet haben, und daß es dieser Grund also nicht gewesen sein kann, der sie veranlaßt hat, sie im Allgemeinen zu verwerfen.

VIII.

Haben wir uns jetzt aus dem Banne dieser Anschauung befreit, so bleibt doch noch immer die Frage, was die Römer denn mit ihrem oft wiederholten Satze gemeint haben.

Köppen[1]) will ihn daraus erklären, daß Vermächtnisse und Stipulationen eine successive Entstehung nicht zuließen. Dabei übersieht er aber, daß die Regel nach den Quellen auch für den Kauf gilt (l. 7 pr. de contr. e. 18, 1, c. 13 eod. tit. 4, 38).

Dernburg[2]) leitet den römischen Satz lediglich aus der Auslegung des Parteiwillens ab. Die Erklärung, daß man ein angebotenes Geschäft nach Gefallen künftig annehmen werde, enthalte sehr oft nur eine Ablehnung des Vertragsschlusses. So richtig dies für viele Fälle ist (vergl. oben VII am Anfang) — so trifft es doch schwerlich für diejenigen zu, die von den Römern in der angegebenen Weise entschieden sind. Wenn sich der Schuldner nämlich einer rechtsverbindlichen Form bedient — wie z. B. bei der Stipulation si volam in l. 8 de obl. 44, 7 — so geht daraus schon hervor, daß er eben doch eine Verpflichtung gewollt hat. Und noch sicherer ist diese Annahme in den Fällen, wo die Klausel des Beliebens nicht erst durch die Antwort des Schuldners, sondern schon durch das Vertragsangebot des Gläubigers in das Geschäft hineingebracht ist. Der Gläubiger stellt bei der Stipu-

---

1) in diesen Jahrbüchern, Bd. 11 S. 245 ff., 251 ff.

2) Pandekten, Bd. 1 S. 257, 258; abweichend im Preußischen Privatrecht, Bd. 1 S. 188.

lation die Frage: si volueris dari? (l. 46 § 3 de verb. obl. 45, 1; vergl. l. 17, l. 108 § 1 eod.) Daß er eine Verpflichtung herbeiführen will, zeigt ganz klar die Form der Stipulation. Wenn nun der Schuldner ganz in seinem Sinn und ebenfalls in dieser Form die Frage bejaht, so kann doch Niemand zweifeln, daß die Parteien die rechtliche Bindung beabsichtigt haben — und doch tritt sie nach l. 46 cit. nicht ein. Zur völligen Erklärung unseres Quelleninhalts kann also auch diese Auffassung nicht ausreichen.

IX.

Wenn wir nun selbst an diese Aufgabe herantreten, so beginnen wir zweckmäßig bei der Stelle, die uns am meisten der Erklärung bedürftig erscheint. Dies ist wohl die schon erwähnte l. 7 pr. de contr. empt. 18, 1, nach der das Kaufgeschäft nicht von dem arbitrium des Käufers über die Richtigkeit einer Rechnung abhängig gemacht werden darf. Wie wir oben sahen, kann die Ungültigkeit nicht darauf beruhen, daß das ganze Geschäft mittelbar auf den Willen des Schuldners gestellt ist. Vielmehr muß es das arbitrium an sich selbst sein, das den Kauf vernichtet. Dies arbitrium, die Billigung der Rechnungen, ist aber gar nicht Inhalt des Willens, sondern nur ein Urtheil[1]). Und so ergiebt die l. 7 in der That den Satz, daß — nicht nur der Geschäftswille, sondern auch — jeder andere innere Zustand des Verpflichteten unfähig ist, zur Bedingung erhoben zu werden. Damit stimmt es auch vollkommen überein, daß die Quellen bei unserer Regel stets nur Ausdrücke gebrauchen, die in erster Linie auf den inneren Willen und innere Zustände deuten, nämlich: velle, voluntas, arbitrium und die Wendungen in voluntatem, arbitrium

1) Bechmann, S. 217.

conferre (l. 17 de verb. obl. 45, 1; l. 7 pr. de contr. empt.; c. 13 eod.), in voluntate ponere (l. 43 § 2 de leg. I), plenum arbitrium voluntati dare (l. 11 § 7 de leg. III) und condicio ex voluntate statum capit (l. 108 § 1 de verb. obl.).

Ihre nothwendige Begrenzung findet die Regel nun darin, daß sie sich eben nur auf innere Vorgänge bezieht, nicht aber auf die Erklärung eines Willens. Danach lautet die Regel der Quellen: Eine Verpflichtung kann durch jede Handlung — sei es auch die Erklärung eines Willens oder gar des Verpflichtungswillens — bedingt werden, nie aber durch einen inneren Vorgang bei dem Verpflichteten.

Auf den ersten Blick scheint es, als ob ein praktischer Unterschied und ein praktisches Bedürfniß für diese Regel gar nicht bestehe. Der innere Wille — könnte man einwenden — wird doch regelmäßig nur aus seiner Erklärung zu entnehmen sein: und wenn diese erfolgt ist, so steht es ganz gleich, ob die Bedingung auf den Willen oder die Erklärung gestellt war — genug, sie ist erfüllt.

Es ist nicht zu bestreiten, daß man diese Auslegung heute anwenden wird, wo ein innerer Wille zur Bedingung erhoben ist. Aber eine andere Frage ist, ob dies auch die Römer gethan haben; ob sie diese Bedingung ebenfalls durch die einmalige Erklärung als erfüllt betrachtet haben; ob die Partei, auf deren inneren Willen es abgestellt war, nicht vielmehr das Recht hatte, sich auf eine spätere Aenderung ihres Willens zu berufen.

X.

Bei der Beantwortung dieser Frage liegt es nahe, auf ein ganz ähnliches Verhältniß zurückzugreifen: das Entscheidungsrecht bei der Wahlschuld. Wie dort über das Bestehen der Verpflichtung, so wird hier über ihren Inhalt entschieden.

Bei der Wahlschuld ist nun der Wähler befugt, die erfolgte Erklärung jeder Zeit wieder abzuändern [1]. Dies leiten die Römer nicht aus praktischen Gründen ab, sondern aus der Auslegung der Stipulationsworte. Ihren Gedankengang zeigt am klarsten eine Stelle von Pomponius (l. 112 de v. o. 45, 1), worin er zwischen den Fassungen quem volam und quem voluero unterscheidet und nur bei dieser die einmalige Erklärung als unwiderruflich betrachtet. Das spricht dafür, daß die Römer die Aenderung der Wahl nur deshalb zuließen, weil sie nach den Worten der Stipulation die Entscheidung als auf den inneren Willen gestellt betrachteten.

Etwas abweichend von der l. 112 cit. äußern sich freilich Julian und Scaevola [2] — aber doch nur bezüglich der Auslegung der einzelnen Stipulationsworte. Ihre Ausführungen zeigen, daß die Römer geneigt waren, die Konsumtion des Wahlrechts durch einmalige Ausübung da eintreten zu lassen, wo über die Person des Wahlberechtigten eine ausdrückliche Bestimmung getroffen ist. Auch hier handelt es sich also nur um eine Auslegungsregel.

Denselben Satz findet man gewöhnlich auch in der l. 138 § 1 de verb. obl. 45, 1, welche lautet: Cum pure stipulatus sum illud aut illud dari, licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo, quod praestaturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et eius quae inest. Der Nachsatz soll danach ein Ausfluß der Regel sein, daß man zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Zusätzen vielfach unterscheiden müsse. Aber das sprechen die Quellen regelmäßig nur bei der Frage aus, ob ein Geschäft trotz des Zusatzes gültig ist [3]: und in dem einen Falle, wo sich die

1) l. 106, l. 138 § 1 de v. o. 45, 1; l. 17 de acc. 46, 4.

2) l. 84 § 9 de leg. I; l. 22 de comp. 16, 2.

3) l. 47, l. 52 de cond. 35, 1; l. 52 (51) pr., l. 69 (68) de her. 28, 5; l. 77 de reg. 50, 17; fragm. Vat. 329.

Frage um den Inhalt der Verfügung dreht, wird der Satz nur in dem Sinne gebraucht, daß eine Bestimmung ohne Rücksicht auf den Willen des Erblassers nach ihrem Wortlaute ausgelegt wird [1]). In der l. 138 cit. handelt es sich aber um einen ganz anderen Fall; denn aus der Bestimmung, wer zu wählen habe, läßt sich nach ihrem Wortlaute nie etwas für die andere Frage ableiten, wie die Wahl zu treffen sei. Die Stelle würde also immer noch recht sonderbar bleiben. Mir scheint daher eine andere Deutung besser zu sein: man übersetzt das ‚pure' nicht „ohne Bestimmung des Wahlberechtigten", sondern „ohne Bestimmung über die Wandelbarkeit des Wahlrechts". Dann erhalten wir den erwähnten, bekannten Satz, daß der Wahlberechtigte im Zweifel seine Wahl wieder ändern kann. Der Nachsatz bedeutet aber, daß der Grund dieser Bestimmung eben in dem Unterschied zwischen dem inneren Willen und der Willenserklärung zu suchen ist. Und damit hätten wir denn noch eine Bestätigung dieses Satzes gefunden. Wenn die römischen Juristen also auch bei der Auslegung der einzelnen Ausdrücke uneins waren, so scheinen sie doch darin einig gewesen zu sein, daß die Abstellung der Wahl auf den inneren Willen das Recht der Wahländerung zur Folge hat.

Hierdurch ist es wenigstens recht wahrscheinlich gemacht, daß die Römer eine ähnliche Auslegung auch da angewandt haben, wo die Verpflichtung ganz auf den Willen abgestellt war. Ebenso erklärlich ist aber, daß auch hier über den Sprachgebrauch und die Deutung der einzelnen Formeln keine volle Sicherheit herrschte. Derselbe Pomponius, der in l. 112 cit. zwischen voluero und volam unterscheidet, bedient sich auch hier nur des letzteren Ausdrucks, um das Abstellen auf

---

1) l. 65 § 1 de leg. I.

den inneren Willen zu bezeichnen (l. 8 de obl. 44, 7). Bei Anderen mag seine etwas künstliche Unterscheidung auch bei dieser Frage keine Anerkennung gefunden haben. Es findet sich indessen bei den späteren Juristen [1]) umgekehrt die Neigung, das velle hier in beiden Formen auf den inneren Willen zu beziehen. Ihnen wird die zeitliche Beziehung des Futurum exaktum in voluero nicht stark genug erschienen sein, um darunter nur die Erklärung des Willens zu verstehen. Sie mochten daher in beiden Wendungen dem velle seine ursprüngliche Bedeutung, des inneren Willens, beilegen. Dann mußte aber auch hier der nächste Schluß derselbe sein wie bei der Wahlschuld: weil die Entscheidung auf den inneren Willen abgestellt ist, hat der entscheidende Theil das Recht, seine Wahl zu ändern, seine Erklärung zu widerrufen. Inhalt der Bedingung ist, daß der Berechtigte endgültig will — was, wie bei der Wahlschuld, auch hier nicht durch die Aeußerung des Willens, sondern erst durch die Erfüllung zu Tage treten kann.

XI.

Man braucht die Bedingung mit diesem ihrem Inhalt nur klarzulegen, um ihre praktische Bedenklichkeit zu erkennen. Alle die Erwägungen, die man gegen das Aenderungsrecht bei Wahlschulden vorgebracht hat [2]), gelten hier in doppeltem Maße. Der Berechtigte ist der Unentschlossenheit oder gar der Spekulation des Anderen völlig preisgegeben. Man nehme nur den Verkauf eines Pferdes, der in dieser Weise in das Belieben des Käufers gestellt ist. Der Käufer entscheidet sich mit nein, und nachdem der Verkäufer darauf das Pferd weiter-

---

1) Paulus, l. 46 § 3 d. de verb. obl. 45, 1; Ulpian, l. 11 § 7 d. de leg. III; l. 46 § 3 d. de fid. 40, 5.

2) Ihering in diesen Jahrbüchern, Bd. 1 S. 31 ff.

veräußert hat, mit ja. Der Verkäufer muß hierauf das Pferd für doppeltes Geld zurückkaufen — und nun will der Käufer es wieder nicht haben!

Man sieht, daß diese Ergebnisse geradezu unerträglich sind. Wenn man also einmal erst unter der **voluntas** den inneren Willen des Verpflichteten verstand, so war nothwendig der nächste Schritt, daß man die Gültigkeit eines solchen Geschäftes nicht zuließ. Dagegen sprachen die handgreiflichsten praktischen Gründe — die in den Augen der Römer beachtenswerther erscheinen mußten, als die rein logischen Erwägungen der Neueren. Die Bedingung des inneren Willens ist nicht logisch, aber praktisch unmöglich, weil sie die eine Partei zum Opfer einer andauernden Spekulation der andern macht.

Dieselben Gründe treffen aber nicht — oder doch nur in bedeutend geringerem Maße — zu, wenn die Erklärung eines Willens zur Bedingung gemacht ist. Freilich kann der Entscheidungsberechtigte auch hier ein gewisses Uebergewicht über den Anderen haben: aber doch nur in weit kleinerem Umfange, da die einmalige Entscheidung diesen Zustand beendigt. Auch wird der Gegner hier meistens übersehen können, wieviel er dem Anderen überläßt. Deshalb ist die Unterscheidung der Römer durchaus zu billigen. Aus praktischen Gründen rechtfertigt sich vollkommen der Satz, daß Inhalt einer Bedingung eine Willenserklärung des Verpflichteten sein kann, nicht aber seine Willkür.

XII.

Daß dies nun auch wirklich die Gründe der römischen Regel gewesen sind, dafür spricht schon die bisherige Darstellung, insbesondere der Vergleich mit der Wahlschuld. Aber wir haben auch deutlichere Beweise dafür.

Wenn nur die Wandelbarkeit des Willens der Grund unserer Regel ist, so muß sie da fortfallen, wo eine Aenderung des Willens ausnahmsweise nicht möglich ist: wo die Bedingung dahin gedeutetet werden kann, daß sie schon mit der ersten Erklärung erfüllt sei. Und in der That zeigt sich das beim Kauf auf Probe. Daß dort die erste Erklärung entscheiden sollte, folgte auch in Rom schon aus der Beifügung der Frist si intra certum diem tibi placuerit (§ 4 J. de empt.; vergl. l. 20 pr. de praescr. verb. 19, 5). Dieser Zusatz stellte es außer allem Zweifel, daß es nicht auf den inneren Willen abgesehen war; und daraus erklärt sich die Gültigkeit dieses Geschäfts im Gegensatz zu dem in l. 7 pr. de contr. empt. behandelten Verkaufe.

Derselbe Grund scheint mir auch bei der Behandlung des fideicommissum libertatis mitzusprechen. Wie schon erwähnt, ist es auch dann zulässig, wenn es auf den freien Willen des Erben gestellt ist. Ja, Ulpian erklärt es sogar nur für zulässig, es ganz in das Belieben des Erben zu stellen; während es nicht möglich sei, ein Vermächtniß mit der Bedingung si heres voluerit zu errichten (l. 46 pr. und § 3 de fid. lib. 40, 5). Wie daraus erhellt, galt die Ausnahme von der allgemeinen Regel nur bei dem technischen Institut des fideicommissum libertatis, zu dem man den Gebrauch bestimmter Formeln erforderte [1]). Ganz sicher ist das eine Reminiscenz an das alte Recht der Fideikommisse, wonach sie gar keinen Rechtszwang enthielten [2]). Aber das erklärt noch nicht, weshalb die Römer diese Ausnahme zugelassen und sich gerade nur hier nicht an der sonst so schroff durchgeführten Regel gestoßen haben. Da scheint mir nur folgende Annahme mög-

1) l. 14, l. 17, l. 41 § 6, l. 46 pr. de fid. lib. 40, 5; c. 7 eod. tit. 7, 4.

2) Wendt, S. 69.

lich zu sein. Bei dem fideicommissum libertatis wurde häufig der Tag der Freilassung angegeben [1]): fehlte dieser Zusatz aber, so erfolgte die Freilassung, wie aus l. 4 § 5 de fid. lib. erhellt, sofort nach dem Tode des Erblassers. Es erklärt sich dies wohl aus der Absicht, daß die Freilassung gewissermaßen eine Nachfeier für den Verstorbenen enthalten sollte. Deshalb mag auch gerade ein Erblasser, der das bezweckte, ein solches fideicommissum angeordnet haben. Hier war es nun unmöglich, daß der Erbe seine Entscheidung abänderte. Wenn er die Erbschaft übernahm, so entschied er sich schon sofort offenkundig: ließ er den Sklaven nicht frei, so bedeutete das ein klares Nein. Anders muß es bei dem Vermächtniß si heres voluerit gewesen sein. Dabei hätte der Erbe seine Entscheidung auch später treffen und auch wieder abändern können. Und das sollte unzulässig sein.

Hiernach erhalten wir eine Erklärung der l. 46 cit., die wenigstens den Vorzug hat, keine erheblichen Konkurrenten zu haben. Werthvoller sind die Zeugnisse zweier schon mehrfach erwähnten Stellen. Daß die Befristung „wann ich will" zulässig ist (l. 46 § 2 de v. o.), muß nach der herrschenden Ansicht sehr auffallend erscheinen. Nach unserer erklärt es sich dadurch, daß der Ton in dem Ausdruck auf die Zeit gelegt ist. Dies erweckt sowohl nach römischem wie nach deutschem Sprachgefühl sofort die Vorstellung, daß es sich um eine Handlung dreht. Und daraus ergiebt sich die Gültigkeit der Stipulation ohne weiteres. Freilich ist diese Auslegung nicht ganz zwingend; und das erklärt die abweichende Ansicht anderer Juristen, die Paulus erwähnt.

Noch belehrender ist schließlich die l. 11 § 5 de leg. III. Denn hier wird nicht nur eine sonst unerklärliche Ent-

1) l. 4 § 5, l. 41 § 10, § 15 eod.; c. 9 (10) eod.

scheidung gefällt — nämlich daß die Bedingung nisi heres noluerit gültig ist — sondern es wird auch ausdrücklich der Grund hinzugefügt, auf den es ankommt. Das nolle bezieht sich zunächst auch auf einen inneren Vorgang. Da es aber die Negation eines solchen enthält, so deutet es, besonders in der doppelten Negation nisi noluerit, viel eher auf eine Erklärung hin. Daraus rechtfertigt sich die Annahme, daß es hier auf die erste Erklärung des Erben abgestellt ist und daß es nicht in seinem Belieben steht, die Entscheidung wieder zu ändern.

Bemerkenswerth ist hieran vor allem zweierlei. Zunächst die enge Verbindung der Sätze quia condicionale fideicommissum est und primam voluntatem exigit. Sie zeigt, daß beides zusammengehört: eine gültige Bedingung wird nur deshalb angenommen, weil das Vermächtniß auf die Erklärung, auf den ersten Willen gestellt ist. Unter der prima voluntas ist danach die erste Entscheidung zu verstehen — nicht, wie Windscheid (S. 262 Anm. 4) will, eine sofortige Entscheidung. Daher ist denn auch Windscheid's Annahme nicht ganz zutreffend, daß das Vermächtniß selbst dies Erforderniß der prima voluntas ergebe. Charakteristisch ist vielmehr, daß erst der Jurist diesen Gedanken hereinbringt, um seine Entscheidung zu rechtfertigen: Inhalt des Vermächtnisses ist eine Erklärung — diese ist unabänderlich — folglich ist die Bedingung zulässig. — Von Interesse ist ferner der Ausdruck post primam voluntatem non erit arbitrium heredis dicendi noluisse. Hiermit stellt Ulpian das arbitrium als Recht der Willensänderung nachdrücklich dem vorliegenden Falle der einmaligen Entscheidung gegenüber. In demselben Sinne gebraucht er den Ausdruck arbitrium wenige Zeilen später und auch an anderer Stelle (l. 11 § 7 eod.; l. 7 pr. de contr. e. 18, 1; vergl. auch l. 17 de v. o. 45, 1).

Jedenfalls aber spricht der ganze Zusammenhang der l. 11 § 5 cit. erheblich für die Annahme, daß die Bedingung des Willens nur wegen ihrer Wandelbarkeit, und nur soweit diese reicht, unzulässig ist.

XIII.

Der beträchtlichste Einwand, den man dagegen erheben könnte, ist, daß die Quellen den Grund ihres Satzes nicht hierin sähen, sondern in dem Mangel eines Zwanges gegen den Entscheidungsberechtigten. Sie führen als Grund der Regel an, daß der Vertrag **non adstringit necessitate contrahentes** (c. 13 de contr. e. 4, 38), und betonen, Inhalt der Verpflichtung könne nicht sein, **quod dare nisi velis cogi non possis** (l. 8 de obl. 44, 7). Aber will man diese Aussprüche auf den Zustand vor der ersten Willensäußerung beziehen, so erhebt sich sofort das Bedenken, daß sie dann bei allen Potestativ-Bedingungen zutreffen würden. Mag man immerhin sagen, daß die Bedingung einer Heirath selbständige Bedeutung habe: auch hier gilt dasselbe, daß der bedingt Verpflichtete nicht wider seinen Willen zur Erfüllung der Bedingung und der Verbindlichkeit gezwungen werden kann. Noch viel klarer ist das aber bei allen den Bedingungen, deren Vereitelung dem Verpflichteten gar kein Opfer kostet, wie in dem römischen Schulbeispiel des Spaziergangs. Deshalb darf man die angeführten Sätze m. E. nur dahin verstehen, daß diese Verbindlichkeiten ungültig sind, weil auch nach der ersten Willensäußerung — der (scheinbaren) Erfüllung der Bedingung — ein Zwang zur Leistung nicht möglich ist. Auch wenn der Verpflichtete schon mehrfach erklärt hat, er wolle zahlen, kann der Gegner doch nicht gegen ihn klagen, weil er sofort eine Aenderung des Willens gewärtigen muß — und deshalb soll die ganze Verpflichtung ungültig sein.

Bemerken will ich übrigens noch, daß man die c. 13 cit. auch auf die verschiedensten anderen Fälle beziehen kann[1]), und daß die l. 8 cit. an einem höchst eigenthümlichen Nachsatze krankt. Nicht nur die von Mommsen gestrichenen Worte qui nunquam dare voluerit, sondern vor allem auch der Schlußsatz quia .... exstitit scheinen auf den Satz zu führen, daß eine Verbindlichkeit nur dann nicht entstehe, wenn der Versprechende niemals gewollt habe. Einen leidlichen Sinn kann man diesen Sätzen m. E. überhaupt nur dann entnehmen, wenn man ihnen den Fall unterlegt, daß der Erbe erklärt hat, die Verpflichtung erfüllen zu wollen. Aber auch dann noch ist die Stelle nicht frei von Härten.

Einen anderen Einwand gegen unsere Regel könnte man aus den Grundsätzen entnehmen wollen, die bei der Abstellung von letztwilligen Verfügungen auf den Willen eines Dritten gelten. Denn hier wird ein Unterschied zwischen dem inneren Willen und seiner Erklärung nicht gemacht. Aber es ist dabei zu beachten, daß diese Regel eine ganz andere Grundlage hat[2]): nämlich den Satz, daß letztwillige Verfügungen lediglich auf dem Willen des Erblassers beruhen müssen. Und daraus erklärt sich die verschiedene Behandlung beider Fälle genügend.

XIV.

Es gilt nun bloß noch, die Bedeutung unserer Regel klarzustellen. Wie schon oben betont, sind wir im Deutschen unter keinen Umständen geneigt, eine derartige Bedingung auf den inneren Willen der Partei zu beziehen. „Wenn ich will" heißt bei uns „wenn ich erklärt habe zu wollen". Und des-

1) Goldschmidt, S. 171; Fitting, Zeitschr. f. Handelsr., Bd. 2 S. 229; Arndts, Pandekten, § 301 Anm. 5.

2) Fitting, Zeitschr. f. Handelsr., Bd. 5 S. 144, 168.

halb ist diese Seite der Regel, wonach sie die Bedingung des inneren Willens ausschließt, für uns ziemlich bedeutungslos. Vielmehr beschränkt sich ihre Bedeutung bei uns auf ihre andere Seite, wonach es zulässig ist, eine jede Willenserklärung zur Bedingung zu erheben.

Täuscht mich nicht alles, so fällt hiermit eine Schranke, die man in der Anwendung des Rechts von jeher als lästig empfunden hat. In der Praxis hat stets eine gewisse Strömung zu Gunsten solcher Geschäfte geherrscht, wenn sie auch durch den unangefochtenen Lehrsatz der Theorie gehemmt worden ist[1]). Insbesondere hat sich das Reichsoberhandelsgericht in einer ausführlichen Entscheidung (Bd. 16 S. 427 ff.) nachdrücklich für ihre Gültigkeit ausgesprochen. Andere Gerichte haben auf andere Weise zu helfen gesucht. Einige[2]) mit dem Hülfsmittel Ulpian's, das freie Belieben in eine sachgemäße Entscheidung umzudeuten — das aber bei manchen Abmachungen schlechthin nicht passen will. Andere[3]) mit der Annahme eines einseitig bindenden Vorvertrags. Aber auch dadurch wird man den Absichten der Parteien nicht gerecht. Denn der Vorvertrag erzeugt nur einen Anspruch auf Abschluß des Hauptvertrages[4]), und damit ist den Parteien vielfach nicht gedient. Dazu kommt, daß der Kauflustige, dem die Sache übergeben ist, bei dieser Auffassung nicht nach den Vertragsgrundsätzen für Fahrlässigkeit haftet[5]). Sodann entsteht ein

1) Entsch. d. R.O.H.G., Bd. 16 S. 427 ff., Bd. 23 S. 81; Bolze, Praxis des Reichsgerichts, Bd. 5 Nr. 485: Seuffert's Archiv, Bd. 11 Nr. 184; vergl. auch Entsch. des Reichsgerichts, Bd. 1 S. 342; Rehbein, Obertribunal, Bd. 1 S. 290.

2) Entsch. d. R.O.H.G., Bd. 16 S. 427; Seuff. Arch., Bd. 34 Nr. 286; Entsch. d. Reichsg., Bd. 1 S. 338 ff.

3) Seuff. Arch., Bd. 45 Nr. 79 nebst Citaten.

4) Windscheid, Bd. 2 S. 172; Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, S. 458.

5) l. 52 § 3 ad. leg. Aq. 9, 2; Wendt, S. 76.

unerwünschter, oft verhängnißvoller, Zwischenzustand zwischen der Abgabe der Einwilligungs-Erklärung und ihrer Annahme — der freilich beim Vertragsschluß unter Abwesenden unvermeidlich, hier aber durchaus unnöthig und von den Parteien nicht gewollt ist. Endlich muß danach auch die vorgeschriebene Form noch einmal wiederholt werden, was nur Kosten verursacht. Und warum das alles? Bloß dem logischen Prinzip zu Liebe!

Demnach können wir allen Schwierigkeiten nur dadurch entrinnen, daß wir die herkömmliche Regel aufgeben. Es ist nur noch die Bemerkung zu erwarten, daß diese Mißstände bei der Seltenheit solcher Geschäfte nicht von erheblicher Bedeutung seien. Ich meine aber, man brauchte nur ins Leben zu sehen, um zahlreiche Geschäfte zu erblicken, die einer rechtlichen Grundlage dringend bedürfen.

Die Hauptrolle spielen natürlich die zweiseitigen Verträge. Denn hier hat die sich unbedingt verpflichtende Partei oft schon ein erhebliches Interesse daran, auch nur ein derartig bedingtes Versprechen des Anderen zu erlangen. Der Verkäufer weiß, daß sein Kunde die angebotene Waare nicht fest kaufen und ebenso, daß er sie auch nicht zur Ansicht mitnehmen will, ohne sie gekauft zu haben. Hier ist ihm mit einem Kauf auf Probe vollkommen gedient. Er übernimmt gern die Haftung, um nur den Kunden zum Abschlusse des bedingten Kaufes und zur Mitnahme der Waare zu bewegen. In solchen und ähnlichen Fällen ist der Kauf auf Probe eine häufige Erscheinung des täglichen Verkehrs.

Neben diesem Hauptfall stehen verwandte Verträge, z. B. die Leihe und die Miethe auf Probe [1]). Es miethet Jemand ein Pianino unter der Bedingung, daß es ihm bei wieder-

1) Unger, Jahrbücher, S. 353.

holtem Spielen zusage; er bedarf dabei der vertragsmäßigen Bindung des Vermiethers, damit dieser es nicht anderweit vergeben kann. Ferner der Dienstvertrag auf Probe: man denke nur an einen Schauspieler, einen Koch oder einen Gärtner — Leute, deren Fähigkeiten man erst in ihrer Thätigkeit zu beurtheilen vermag. Auch Werkverträge mit der Bedingung des Beliebens sind nicht selten. Unter diesen Begriff fällt ein Theil der Verträge auf Kriegslieferungen, wie die Leistung von Fuhren. Diese Bestellungen sind nämlich fast durchweg in das Belieben der Militärverwaltung gestellt [1]). Wie unangenehm würde die Behörde überrascht sein, wenn sie im Ernstfalle die Erfüllung dieses Werkvertrages fordern oder auch die gemietheten Wagen und Pferde beitreiben wollte und ihr dann die Antwort würde, der Vertrag sei ganz ungültig oder ergebe doch nur das Recht, auf Abschluß eines Vertrages zu klagen! Oder die Antwort, es müsse erst das Bedürfniß der Lieferung nachgewiesen werden [2])!

Aehnliche Bedenken ergeben sich gegen die herrschende Meinung in den Fällen, wo ein solcher Vertrag nun doch erfüllt worden ist. Die Leistung soll alsdann eine nachträgliche Schenkung sein. Aber dann müßten auch alle die Sätze des Schenkungsrechts — insbesondere das Widerrufs- und Rückforderungsrecht und die Anfechtbarkeit [3]) — von ihr gelten. Das ist aber m. E. ganz verkehrt. Wenn ein Kaufmann seinem Angestellten für gute Dienste nach seiner Entscheidung eine Zulage verspricht, so ist es doch wohl recht sonderbar, wenn man diesen Theil des ausbezahlten Gehalts anders behandeln will als das übrige [4]). Von diesem Gesichtspunkte

1) Motive zum B.G.B., Bd. 1 S. 164.
2) Vergl. dazu Bolze, Praxis des Reichsg., Bd. 3 Nr. 469.
3) §§ 530, 528 B.G.B., § 25_{1}, $_{2}$ Konk. O., § 3_{3}, $_{4}$ Anfecht. Ges.
4) Entsch. d. R.O.H.G., Bd. 18 S. 258.

aus gewinnt nun auch die ganze Lehre vom Trinkgeld m. E. allein ihre richtige Beleuchtung. Ein Doppeltes ist hier beabsichtigt: daß der Auftraggeber zunächst frei zu entscheiden habe, daß aber seine Leistung dann doch als wirklicher Lohn anzusehen sei. So ist es bei der ausdrücklich zugesagten Vergütung und so auch bei dem stillschweigend versprochenen Trinkgelde. Bei beiden ist an Widerruf und Rückforderung nicht zu denken. Das scheint auch der § 534 B.G.B. im Sinn zu haben, wenn er diese beiden Rechte bei Schenkungen ausschließt, durch die einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird [1]). Aber er trifft damit nur die üblichen und nicht die versprochenen außerordentlichen Trinkgelder. Wir wollen einen Tischlergesellen zu eifriger Arbeit oder einen Kutscher zu besonders schneller Fahrt anspornen und stellen ein reichliches Trinkgeld in Aussicht. Sollte das gezahlte Geld — wenn es überhaupt noch als Entgelt der Thätigkeit erscheinen kann — dem Widerruf wegen Undankes und auch der Anfechtung der Gläubiger unterliegen?

Aber auch bei einseitig verpflichtenden Versprechen wird die Bedingung einer Willenserklärung nicht so selten sein. Insbesondere bei der Auslobung, die nach § 657 B.G.B. unzweifelhaft ein einseitiges Versprechen ist. Allerdings wird der Vorbehalt der Entscheidung vielfach nur den Sinn haben, daß der Auslobende sich ein sachliches Ermessen ausbedingen will [2]). Aber es wird doch auch recht häufig vorkommen, daß er sich das freie Entscheidungsrecht vorbehält. Bei einem Preisausschreiben steht ihm in Ermanglung eines besonderen Preisrichters dies Recht sogar immer zu (§ 661 II).

Endlich kommen solche Bedingungen auch bei Schenkungen vor. Gerade hier könnte es freilich scheinen, als ob durch die

1) vergl. auch Regelsberger, Pandekten, S. 621.
2) Regelsberger, Civilrechtl. Erörter., S. 202, 203.

bedingte Verpflichtung noch gar nichts gewonnen wäre. Aber die Erlangung eines solchen Versprechens bietet doch nicht unerhebliche Vortheile. Zunächst bezüglich der Form. Nach bürgerlichem Rechte (§ 518 B.G.B.) sind alle Schenkungsversprechen einer strengen (wohl allzu strengen) Form unterworfen. Hier wird die Zulassung der Bedingung künftigen Beliebens zu einer nicht unerheblichen Milderung dieser Strenge führen. Sodann ist diese Geschäftsform aber auch für das Rückforderungsrecht des Schenkers von Bedeutung. Seine nachfolgende Billigung wirkt nach § 159 B.G.B. auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück: und die Folge davon ist, daß die zehnjährige Frist des § 529 schon von jenem Zeitpunkte an zu rechnen ist, wenn die Uebergabe der Sache schon damals erfolgt war. Das wird der Sachlage und dem Sinn des Gesetzes gewiß am besten entsprechen.

Alle diese Geschäfte muß man entgegen dem praktischen Bedürfniß und dem Willen der Parteien als ungültig verwerfen, wenn man bei dem Standpunkt der alten gemeinrechtlichen Theorie stehen bleibt. Indessen ist doch wohl die Hoffnung berechtigt, daß diese Lehre vielleicht auch von Solchen, die sie für das jetzige Recht zu verlassen scheuten, wenigstens für das neue Recht und das neue Jahrhundert aufgegeben werden wird.

V.

Die Verantwortlichkeit des Eigenthümers für seine Thiere.

Zur Lehre von der Verantwortlichkeit als Element des Eigenthumsbegriffes nach B.G.B.

Von Dr. **Hermann Isay**, Referendar in Trier.

Einleitung.

Das Institut des Eigenthums bildet die Grundlage unseres kulturellen Lebens, das Fundament der Rechtsordnung.

Allein die Feststellung seines Begriffes ist auch heute noch Gegenstand wissenschaftlichen Streites.

Biermann hat in dieser Beziehung jüngst den Satz ausgesprochen [1]: „Eigenthum ist das, was das positive Recht als Eigenthum ansieht. . . . Ein Eigenthum, unabhängig von positiver Formulirung, ein naturrechtliches Eigenthum giebt es nicht. Die Frage, was Eigenthum ist, und welche Rechte der Eigenthümer hat, ist daher einfach eine Frage der Gesetzesauslegung."

In einem weiten Sinne genommen, ist das unzweifelhaft richtig. Denn das Eigenthum ist als solches Produkt der Rechtsordnung, es erhält seinen rechtlich anerkannten Inhalt

---

1) Privatrecht und Polizei in Preußen, 1897, S. 120.

durch den ausgesprochenen Willen des Staates[1]). In dem Sinne jedoch, wie Biermann es meint, ist es unzweifelhaft nicht richtig[2]).

Wohl ist die Feststellung des Eigenthumsbegriffes Sache der Gesetzesauslegung. Allein diese Auslegung wird sich nicht an die Form des gesetzgeberischen Ausdruckes klammern dürfen. Dieser Ausdruck ist so, wie er gewählt ist, beeinflußt durch die wissenschaftliche Ueberzeugung der zeitgenössischen Jurisprudenz, oft auch nur eines Theiles derselben.

An sich ist es ja überhaupt nicht Aufgabe des Gesetzgebers, Begriffe zu formuliren. Der Gesetzgeber setzt Normen, welche die Verhältnisse des Lebens regeln sollen. Die Abstraktion auf den Begriff der rechtlichen Kategorie ist Sache der Wissenschaft[3]). Greift der Gesetzgeber hier durch einen Machtspruch ein, so fehlt diesem Machtspruch die Autorität der Norm; denn nur die Form der Verkehrsverhältnisse, nicht aber die Form der logischen Vorstellung bestimmt das Gesetz und kann es bestimmen.

Verkennt der Gesetzgeber diese Grenzen seiner Aufgabe so handelt er nicht mehr als Gesetzgeber; seine Sätze haben dann nur mehr das Gewicht ihres wissenschaftlichen Werthes[4]).

Auf die eingangs angezogene Ausführung Biermann's angewendet, ergeben diese Erwägungen, daß die Begriffs-

---

1) Anschütz im Verwaltungsarchiv, Bd. 5 S. 14 ff. Vergl. Hänel, Deutsches Staatsrecht, Bd. 1 (1892) S. 158 ff., 171 ff.

2) Widerspruch hiergegen eingelegt hat schon Oertmann in seiner kurzen Recension, Arch. f. bürg. Recht., Bd. 12 S. 301. Zustimmend hingegen Thon, Arch. f. öffentl. Recht, Bd. 13 (1898) S. 354. Vergl. die Bemerkung von Laveleye, Ureigenthum, herausg. von Bücher, 1879, S. 524.

3) Vergl. Strohal in diesen Jahrb., Bd. 38 S. 4.

4) Saleilles, Accidents de travail, 1897, p. 48 (p. 47 zu Note 70).

feststellung sich nicht auf die Auslegung des vom Gesetzgeber selbst aufgestellten Begriffes beschränken kann. Vielmehr fordert hier vor allem die Kontinuität des Rechtes ihre Berücksichtigung. Die Auslegung wird daher vor allem zu prüfen haben, inwieweit das vom Gesetzgeber kodifizirte Recht wesentlich sich vom früheren scheidet und inwieweit es dasselbe geblieben ist.

Denn wenn auch ein Rechtsinstitut nicht vor aller Rechtsordnung sein kann, so ist es doch vor einem bestimmten Gesetz; und indem dieses es übernimmt, schafft das Gesetz es nicht erst, sondern es konstatirt sein Vorhandensein.

Der moderne Gesetzgeber pflegt denn auch in richtiger Würdigung der Sachlage eine bloße Begriffsbestimmung zu vermeiden.

Anders die älteren Gesetzgebungen, deren Sätze Biermann von seinem Standpunkte aus im Auge hatte. Sowohl das A.L.R. [1]) wie der Code civil [2]) haben eine Definition des Eigenthums geben zu sollen und geben zu können geglaubt.

Das B.G.B. dagegen giebt eine solche nicht. An das von ihm ja bereits vorgefundene Institut anknüpfend [3]), hat es die Funktionen des Eigenthums, nicht aber dessen Begriff normirt. Welcher Begriff seinen Bestimmungen zu Grunde liegt, das festzustellen, ist Sache der Auslegung.

Die nachstehenden Darlegungen wollen zu dieser Feststellung einen Beitrag liefern. Sie wollen prüfen, ob und in-

---

1) §§ 1, 9, 21, 23, 25 u. 29 I, 8.

2) Art. 544.

3) E.G. Art. 181: Auf das zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. bestehende Eigenthum finden von dieser Zeit an die Vorschriften des B.G.B. Anwendung.

wieweit zu den Elementen seines Eigenthumsbegriffes die Verantwortlichkeit für das dem Eigenthum Unterworfene gehört.

Daß diese Untersuchung vorwiegend eine geschichtliche sein muß, hat die bisherige Erörterung bereits ergeben. Und diese ihre historische Natur hat auch ihre Begrenzung bestimmt. Denn wegen ihres geschichtlich verschiedenen Ausgangspunktes ist ausgeschlossen worden zunächst die Untersuchung der Verantwortlichkeit des Eigenthümers von Immobilien. Der tiefgehende Unterschied in der germanischen Auffassung des Verhältnisses des Eigenthümers zu seiner Fahrnis und zum liegenden Gute, welcher auch auf die romanische Jurisprudenz der Rezeptionszeit seinen Einfluß ausübte [1]), hat eine vollständig verschiedene Entwicklung bedingt, die in der getrennten Behandlung im B.G.B. selbst einen scharfen Ausdruck gefunden hat.

Die Untersuchung erstreckt sich daher nur auf die Verantwortlichkeit des Eigenthümers für seine Mobilien, insbesondere für seine Thiere.

Hier ergiebt sich die zweite Begrenzung des Stoffes.

Der Reichthum der arischen Völker der Urzeit besteht in Vieh. Das älteste Eigenthum entsteht an Hausthieren; mit Bezug auf sie entwickeln sich seine Regeln, entwickelt sich also auch die Verantwortlichkeit des Eigenthümers. Welche Thiere als Hausthiere anzusehen sind, ist für verschiedene Zeiten und Zonen verschieden; so ist namentlich der Hund erst verhältnißmäßig spät zu ihnen gerechnet worden [2]).

Auf ganz anderem Boden steht die Verantwortung für

---

1) Landsberg, Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum, 1893, S. 39.

2) Fr. 2 § 2 D. ad leg. Aq. (9, 2); in Rom durch eine angebliche lex Pesulania (Paulus I 15 § 1). Das isländische Recht betrachtet ihn als wildes Thier. v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht, Bd. 2 S. 422, 866 Note 1. Vergl. M. Voigt, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1 (1892 S. 726.

gefährliche Thiere, welche den trifft, der sie gefangen hält. In dem Hegen solcher Thiere sieht die Volksanschauung ein außergewöhnliches Verhalten[1]), eine Verschuldung, welche ihre Folgen zu tragen hat, wan ez ist wider reht, daz ein man bî liuten wilt zamen wil daz nimmer zam mac werden[2]).

So ist denn auch die Haftung eine ganz andere, als bei Hausthieren, anders in ihrem Rechtsgrunde[3]), anders in ihrem Umfange[4]).

Mit der Verantwortlichkeit des Eigenthümers als solchen hat sie nichts gemein; und deshalb kommt sie, wo diese in ihrer Entwickelung und Ausgestaltung zur Untersuchung steht, nicht in Betracht.

---

1) Ueber das Halten wilder Thiere im deutschen M.A. vergl. die Notizen in der Zeitschr. f. Gesch. des Oberrheins, Bd. 12 S. 388, Bd. 18 S. 384.

2) Landrecht Schwabensp. 202.

3) Diesen Gesichtspunkt haben besonders die klassischen römischen Juristen erkannt; fr. 1 § 10 D. si quadr. (9, 1): In bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet; et ideo si ursus fugit et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera evasit. Der Institutionentitel 4. 9, der diese Stelle im pr. aufgenommen hat, sagt allerdings am Schlusse seines § 1 gerade das Entgegengesetzte. Allein der ganze Titel zeigt eine derartige Flüchtigkeit der Abfassung, daß dieser Widerspruch erklärlich wird. Dient doch das fr. 1 § 10 cit. ihm als Beleg der auf Grund seines Mißverständnisses des fr. 1 § 7 cit. (vergl. Eisele in diesen Jahrb., Bd. 24 S. 488) von ihm neu aufgestellten Ansicht, die a° de pauperie sei nur dann gegeben, wenn ein Thier contra naturam geschadet habe, was bei wilden Thieren nicht der Fall sei.

4) Ldr. Ssp. II 62 § 1, Freiberger Stadtrecht (Schott, Sammlungen, Bd. 3 S. 141 ff.) 49, 13 Hamburger Stat. v. 1603, IV 69. Vergl. Schmidt, Grundſ. über Schadensersatz, S. 49, Hammer, Lehre vom Schadensersatz, S. 95.

Grundlagen.

I. Der Anthropomorphismus des jungen Rechts.

Der Satz der Entwicklungsgeschichte[1]), daß in der Ontogenie sich der Werdegang der Phylogenie wiederhole, gilt nicht nur auf naturwissenschaftlichem Gebiete; mit einem glücklichen Bilde vergleichen wir auch die geschichtlichen und vorgeschichtlichen Anfänge eines Volkes mit der Kindheit des Individuums.

Wie ein Kind steht es der es umgebenden Außenwelt gegenüber, reagirt es auf deren Eindrücke[2]).

Wie daher das Kind überall einen dem seinen gleichartigen Willen sieht, wie es den Stuhl schlägt, an dem es sich gestoßen, so belebt auch das Volk in seiner Kindheit die ganze es umgebende Natur[3]).

Die jüngere Edda berichtet[4]), daß Frigg Eide nahm von „Feuer und Wasser, Eisen und allen Erzen, Steinen und Erden, von Bäumen, Krankheiten und Giften, dazu von allen vierfüßigen Thieren, Vögeln und Würmern, daß sie Baldrs schonen wollten", ausgenommen vom Mistelzweig, der „zu jung war, um ihn in Eid zu nehmen". Nach Baldrs Tod

---

1) Als „biogenetisches Grundgesetz" bezeichnet von Haeckel, Natürl. Schöpfungsgesch., 6. Aufl., S. 361.

2) Vergl. hierüber im Einzelnen Buckle, Gesch. der Civil. in England (übers. v. Ruge), Bd. 1 Abt. 1 S. 35—126.

3) Vergl. Grimm, Deutsche Mythologie, Bd. 2, 1876, S. 539 ff., Bd. 3 (herausgegeben von E. H. Meyer), 1878, S. 186 ff. J. W. Wolf, Beiträge zur deutschen Mythologie, Bd. 2 (1857) S. 397 ff. Weinhold, Das Märchen vom Eselmenschen (in Berl. Sitzungsber. 1893), S. 486. Henne am Rhyn, Kulturgeschichte des deutschen Volkes, Bd. 1, 2. Aufl. 1892, S. 32 ff. Gierke, Der Humor im Recht, 2. Aufl. 1886, S. 18, 22 ff. Für die antike Welt besonders W. Kroll, Antiker Aberglaube, 1897 (in Virchow's und Holtzendorff's Sammlung gemeinverst. Vorträge, Heft 278), S. 8 ff. Vergl. Theophrast, Ἠθικοὶ χαρακτῆρες n. XVI, Pauly, Realencykl. s. v. magia.

4) Simrock, Die Edda, 1851, S. 280.

meinen „Menschen und Thiere, Erde, Steine, Bäume und alle Erze".

Bei den Thieren und bei den Gegenständen der todten Natur, welche einer Ortsveränderung oder wenigstens einer Bewegung fähig waren, erblickte jene Anschauung naturgemäß in einer solchen Veränderung, sofern ein menschlicher Wille nicht dabei wirksam gesehen wurde, den Ausfluß eines eigenen Willens.

Bezüglich der Thiere ist heute noch diese anthropomorphisirende Vorstellung im Volke lebendiger, als man sich vielleicht zugesteht [1]); bezüglich der leblosen Mobilien [2]) [die ich im Folgenden der Kürze halber unter der Bezeichnung „Werkzeuge" [3]) begreifen werde], hat sie sich unter den Schutz des Aberglaubens [4]) geflüchtet.

Daß jene Anschauung auch im Rechte ihren Ausdruck gefunden hat [5]), ist nur selbstverständlich in einer Zeit, in welcher die Aeußerungen geistigen Lebens im Volke noch keine schärfere Differenzirung erfahren haben [6]).

1) Vergl. Theod. Baer, Vivisektion (in der „Zukunft" v. 27. Nov. 1897, Jahrg. 6 Nr. 9 S. 364 ff.). Bekannt ist der maßgebende Einfluß dieser Anschauung auf die Darlegung von Huschke, Verfassung d. Servius Tullius, S. 251 ff.

2) Dies Wort trifft zwar in seinem heutigen Begriff nicht alle Gegenstände; auch z. B. Windmühlen gehören hierher.

3) Das manufactile der lex Rib. 70, 1, andweork von Aelfr. 19.

4) So wird z. B. den Richtschwertern geheimnißvolle Kraft zugeschrieben. Sie kennen den ihnen Verfallenen von Jugend auf und erdröhnen oft wehmuthsvoll, wenn ein unschuldiges Kind vor ihnen steht, dessen Leben sie dereinst beenden sollen. Vergl. G. Böhm, Ueber Schwertinschriften (in Zeitschr. f. deutsche Kulturgesch., N. F. Bd. 3 1874) S. 481. Dies Motiv bekanntlich poetisch verwerthet in Clemens Brentano's Geschichte vom braven Kasperl und schönen Annerl.

5) Brunner, Ueber absichtslose Missethat im altdeutschen Strafrechte (Berl. Sitzungsber. 1890), S 815 ff.

6) Prinzipiell nicht verschieden ist sonach die Auffassung, wonach bei jener Rechtsanschauung ein „uralter religiöser Gedanke" zu Grunde liegen

Daher sehen wir denn auch alles Bewegliche[1]): Thiere, wie Werkzeuge, vom Rechte als mit eigenem Willen begabt behandelt werden.

Wohl heben manche Rechtsquellen bei den Thieren den Mangel der Sprache als sie vom Menschen unterscheidend hervor[2]) und sprechen ihnen auf Grund dieses Mangels einen vernünftigen Willen ab[3]). Allein wie die Sage dies als späteren Zustand auffaßt und von Zeiten zu berichten weiß, da die Thiere noch reden konnten[4]), so läßt auch der Umstand, daß in der späteren Auffassung der Instinkt sachlich ganz an die Stelle der Vernunft gesetzt wird[5]), darauf schließen, daß wir es hier überall mit einer jüngeren Reflexion zu thun haben.

---

soll (Brunner, Absichtsl. Missethat, a. a. O. S. 840; Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2 (1892) S. 558). Vergl. auch v. Amira, Thierstrafen, S. 596 ff. Denn das jugendliche Recht hängt noch eng wie mit der Sitte, so mit dem Glauben zusammen.

1) In der Bezeichnung des Thieres im altschwed. Recht: oqueþins vitr bedeutet vitr nach Fick, Vergl. Wörterb., (3. Aufl.) Bd. 2 S. 461 (aus der Wurzel vagh = vehere) „bewegliches Ding".

2) Das gotländische Recht nennt sie: oqueþins vitr = redeloser Wicht (v. Amira, Nordgerm. O.R., Bd. 1, Altschwed. Obligationenrecht, S. 396). Breslauer Zusatz zum Magdeburg-Breslauer Schöffenweisthum v. 1261 (Gaupp, Das alte Magd. und Hall. Recht, 1826, S. 249) § 76: „Hat ein man pert. oder einen hvnt. oder swaz sines vies ist daz nicht gesprechen ne mach . . . ." Beaumanoir, Cout. de Beauvoisis C. 69 a. 6 (ed. Beugnot, 1842, Vol. 2 p. 485).

3) Emsiger Pfennigschuldbuch, § 45 (Richthofen, Fries. Rechtsquellen S. 206): Alle dume diars thete . . . „Ovlti" (unvernünftiges Wesen) in den Svea-Rechten (v. Amira, a. a. O. Bd. 1 S. 396). Beaumanoir a. a. O. . . . bestes mues n'ont nul entendement qu'est biens ne qu'est maus . . . Ulpian in fr. 1 § 3 D. si quadr. (9, 1): quia sensu caret. Vergl. Wormser Reform, VI 21 § 2. Als „unwizzende vi" im Freiberger Stadtrecht c. 49 § 12 (Schott, Sammlungen, Bd. 3 S. 141 ff.) bezeichnet.

4) Vergl. die litthauische Sage bei Grimm, Mythologie, Bd. 2, Vorrede, S. XXX.

5) Vergl. Pothier, Pand. Justin. Tom. I. (ed. IV), Par. 1818, p. 310 N. 4: In homine injuria est id, quod contra praecepta rationis qua

Das urwüchsige Recht hingegen hat die einfachen Lebensverhältnisse, in denen bei allen viehzüchtenden und ackerbauenden Völkern das Vieh eine Hauptrolle spielt, überall geregelt auf Grund der Anschauung, wonach den Thieren eine rechtliche Individualität[1]) beizulegen war, es hat sie personifizirt[2]).

Daher finden wir denn auch in den germanischen Rechtsquellen die Terminologie des Rechts vollständig auf Thiere, theilweise auch auf Werkzeuge angewendet. Noch der Sachsenspiegel spricht von Wergeld des Viehes[3]), wie davon, daß ein Vieh „binnen seinen Jahren" sei[4]), von Frieden, der Thieren gewirkt ist[5]).

Mag hier auch nur mehr der sprachliche Ausdruck an die alte Auffassung erinnern und sachlich an eine Rechtspersönlichkeit der Thiere nicht mehr gedacht sein[6]), so ist doch

---

regi debet fit: in bellua quae instinctu regitur, injuriam imitatur damnum quod contra instinctum suae mansuetae naturae dedit.

1) Auf einen Fall, wo das Thier rechtlich vollständig dem Freien gleichgestellt wurde, macht Grimm, R.A., S. 670 Note, aufmerksam. Den dort citirten gleiche Bestimmungen enthält auch das friesische Recht (v. Richthofen, Rechtsquellen, S. 472 § 67, S. 494 § 16, S. 497 § 16).

2) Ebenso: Osenbrüggen, Studien z. deutsch. u. schweiz. Rechtsgeschichte, 1868, S. 139—149, Gierke, Humor im deutschen Recht, 2. Aufl. 1886, S. 23, Brunner, Absichtslose Missethat, S. 837, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2 (1887) S. 531 Note 2, Hammer, Lehre v. Schadensersatz (Gierke's Untersuch., Heft 19), 1885, S. 69, 86, 87. Dagegen v. Amira, Thierstrafen und Thierprozesse (in Mittheil. d. Inst. f. österr. Geschichtsforsch., Bd. 12, 1891, S. 545—601), S. 584. Vergl. jedoch seine Bemerkung (Nordgerm. Obligationenrecht, Bd. 1 S. 396): „Doch scheinen gewisse Rechtssätze an eine Zeit zu erinnern, in der die Uebelthaten von Thieren oder doch die von bestimmten Thieren nicht als absichtslose behandelt wurden."

3) Ldr. Ssp. II 54 § 5, III 48 § 1. 2, 51 § 1. 2.

4) III 51 § 1.

5) II 61 § 2.

6) v. Amira, Thierstrafen, S. 587.

m. E. kein Zweifel, daß die frühere Rechtsanschauung sie als Subjekt der ihnen beigelegten Rechte auch wirklich betrachtet hat [1]).

Deutsche Weisthümer bestimmen mit der ihnen eigenthümlichen Anschaulichkeit [2]), wie weit die Hausthiere Recht haben [3]) d. h. wie weit sie ihre Nahrung suchen dürfen [4]).

Daß hierbei wirklich die Auffassung auf Rechte der Thiere geht, beweist der Einfluß, den bei deren Bemessung die — sozusagen — persönliche Qualität des betreffenden Thieres ausübt. Als eine solche erscheint vielfach die Farbe; weiße Thiere haben mehr Recht als andere [5]). „Ene schneewitte faselsugge mit ihren seven schneewitten jungen beerferken wisen sie dat sie recht hebben, war sie kombt“ [6]). „... der Sibotin hof zue Rastetten soll geben dem dorf zu Rastetten ein stehelin rint, und daz sol blutrot sin. Und

---

1) Ganz ausgeprägt erscheint diese Vorstellung noch im kymrischen Recht, wenn es bestimmt, daß ein Hahn „de jure“ nicht mehr Hennen haben darf, als neun (Ancient Laws and Instit. of Wales, p. 807, 41. 5).

2) z. B. Landfeste v. Hattnegge (Grimm, Weisthümer, Bd. 3 S. 46) Nr. 48: Da nachbarn bei einander wohnen und eines felt vor des andern hove hingehet, und des mans honer dem andern schaden thuen, so mag er steigen op den taun und kehren das angesicht in den hof und nehmen ein plogkolter und werpen dat tuschen seinen beinen hin up dat felt, so fern mögen die höner gan.

3) Grimm, Rechtsalterthümer, S. 594 ff.; Gierke, Humor, S. 28.

4) Grimm, Weisthümer, Bd. 3 S. 308, 309 Nr. 12, 14; Oest. Weisthümer, Bd. 4 S. 350, 44.

5) Die Vorliebe des deutschen Rechts für fahles Vieh erwähnt schon Grimm, Rechtsalterth., S. 587. Vergl. Tac. Germ. c. 10. Einer ähnlichen Empfindung entstammt vielleicht die Bestimmung einer französischen Coutume, wonach als Besthaupt dem commandeur kein schwarzes Vieh angeboten werden darf. Cout. der Commanderie d'Oisemont v. 1507, a. 2 (Bouthors, Cout. locales du bailliage d'Amiens etc., Amiens Tome I, 1845, p. 412).

6) Benker Heidenrecht (Grimm, Weisthümer, Bd. 3 S. 41). Vergl. Landfeste v. Hattnegge, Nr. 53 (Grimm, Weisthümer, Bd. 3 S. 46), Landrecht der 7 freien (Grimm, l. c. S. 69).

sol och daz selb rint in dem dorf gen, winter und summer, und sol der hofman daz selb rint nieman weren, und sol an dem wege gen und sol frige sin und sol schrigen: much! much! ....“ [1]). Ferner genießen eine ausgezeichnete rechtliche Behandlung, wie aus den hier citirten Stellen schon hervorgeht, die „Faselthiere“ d. h. die zur Zucht bestimmten [2]); sie haben meist völlige Freiheit, zu weiden, wo sie wollen [3]), so daß sie ausdrücklich als „gefreites Vieh“ bezeichnet werden [4]). Diese Bevorzugung erscheint als Belohnung ihrer Verdienste um die bäuerliche Wirthschaft.

Denn auch sonst wird wohl der Gesichtspunkt des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung angewendet, wonach ein Thier durch seine Arbeit ein Recht auf seinen Lohn erhält [5]);

---

1) Hofrecht von Rastatt (Grimm, Weisthümer, Bd. 1 S. 440).

2) Die gleiche Bestimmung im Recht von Wales (Anc. Laws, p. 806, 36. 17). Dieselbe Bestimmung findet sich nach Kohler im indischen Recht, ein Beweis mehr für ihr hohes Alter; Kohler, Indisches Obligationen- und Pfandrecht in Ztschr. f. vergl. Rechtswissenschaft, Bd. 3 (1881) S. 200. Ob dies für das Gesetzbuch des Manu zutrifft, ist fraglich, da hier (Buch VIII Vers 242) nach Ansicht der Kommentatoren Nârâyana und Kullûka „heilige Stiere“ gemeint sind (Jolly, Die jur. Abschnitte aus dem Gesetzb. des Manu, in Ztschr. f. vergl. Rechtswissensch., Bd. 3 S. 278 ff.).

3) Citate s. Grimm, Weisthümer, Bd. 7, Sachregister v. R. Schröder (1878), S. 405, s. v. Zuchtvieh, Freiheiten. Weitere Citate bei Gierke, Humor, S. 28. Ferner Freiberger Stadtrecht, cap. 49 § 12 (Schott, Sammlungen zu den deutschen Land- und Stadtrechten, Bd. 3, 1775, S. 141 ff.), Très-ancienne Coustume de Bretaigne, Ch. 288 (Nouveau Coutumier Général par Bourdot de Richebourg, Tome 4, Paris 1724, p. 199 ff.).

4) Grimm, Weisthümer, Bd. 6 S. 144.

5) La très-ancienne Coustume de Bretaigne, Ch. 278 (Bourdot de Richebourg, Tome 4, p. 199 ff.). Vergl. Bouthors, Cout. loc. du bailliage d'Amiens, Tome 2, p. 139. Cout. der Seigneurie de Mézerolles, a. 11.

„müßigem" Vieh wird weniger Recht gegönnt, als arbeitsamem [1]).

Mit dieser Anschauung, die das Thier als Träger von Rechten setzt [2]), stimmt auch der Geist zweier Bestimmungen der lex Burgundionum [3]) überein, deren Inhalt auf hohes Alter schließen läßt [4]). Wenn hier bei Vergehen an Thieren der Schuldige die Wahl hat, entweder diesen selbst Genugthuung zu leisten oder das Strafgeld zu zahlen, so ist in historischer Zeit die Bestimmung wohl mehr als Mittel aufgefaßt werden, einen Druck zur Zahlung des Geldes auszuüben [5]); aber ihre Fassung zeigt, daß der Gedanke, dem Thiere selbst gebühre Genugthuung, noch deutlich dem Gesetzgeber vorschwebte [6]).

---

1) Oefnung zu Betmeringen (Grimm, Weisth., Bd. 1 S. 307). „Bêtes oyseuses": Cout. der Échevinage d'Ocoche, a. 7 (Bouthors, T. 2 p. 148). Vergl. auch die Auffassung des W. zu Kuens (Oest. W., Bd. 5 S. 62, 24.

2) Daß auch heute noch diese Anschauung wenigstens als mögliche erscheint, beweisen die bekannten Ausführungen Bekker's in diesen Jahrbüchern, Bd. 12 S. 25 ff. Vergl. Binding, Normen, Bd. 2 S. 48. Thon, Rechtsnorm und subj. Recht, S. 95. — Die naturrechtliche Jurisprudenz war der Meinung, daß die Thiere juris non rem ipsam, sed umbram habent quandam (Grotius, De jure belli ac pacis, Lib. I cap. 2 § 3 n. 2).

3) Tit. 97: Si quis canem veltravum aut segutium vel petrunculum praesumpserit involare, iubemus, ut in conventu coram omni populo posteriorem ipsius canis osculetur: aut V solidos illi, cuius canem involavit, cogatur exsolvere; et multae nomine solidos II. Tit. 98: Si quis acceptorem alienum involare praesumpserit, aut VI uncias carnium acceptor ipse super testones ipsius comedat: aut certe si noluerit, VI solidos illi, cuius acceptor est, cogatur exsolvere; multae autem nomine solidos II.

4) Bluhme in der Vorrede zu seiner Ausgabe in den Leges, III p. 498.

5) Gierke, Humor, S. 64, 65.

6) Hier Beispiele der von Brunner sog. spiegelnden Strafe (Rechtsgeschichte, Bd. 2 S. 588, 589) zu finden, geht nicht an.

Wenn so die Thiere als fähig eines Rechtes aufgefaßt werden [1]), so liegt die Anschauung, daß sie fähig eines Unrechts [2]), einer Schuld [3]) seien, dem jugendlichen Rechte jedenfalls noch näher. Da das ursprüngliche Gefühl des Naturmenschen jedes ihn verletzende Geschehen auf einen ihm feindlichen Willen zurückführt [4]), so reagirt es auch gegen den Schaden, den Thiere und Werkzeuge ihm verursachen [5]); in ihm erblickt er den Ausfluß eines in diesen lebenden Willens [6]).

Die Rechtssprache wendet daher auch die Terminologie des Strafrechts unbefangen auf Thiere und Werkzeuge an.

---

1) Daß sie in einem deutschen Weisthum (Grimm, Bd. 2 S. 25) auch als Subjekt einer Verbindlichkeit bezeichnet werden, ist mehr als bloße Umschreibung, es kennzeichnet die ursprüngliche Rechtsauffassung; wird doch hier sogar die Existenz der Verbindlichkeit als ganz von ihrem freien Willen abhängig hingestellt: die (nämlich die Schweine) sulle dreiben der hirte vf eine genampte stat gnant bei der hambuechcn, da sulle der hirt sie laessen geen; vnd er sulle heim geen vnd hoelen ein firling korns, vnd den tragen in die banmole zu Nalbach, vnd da laessen malen, vnd so das korn gemalhen ist, sull er sich mit dem meel heim in seine behausung verfuegen, vnd da selbig vfser dem mele ein kuechen backen, vnd den in sein sack thuen, vnd zu den schweinen vf die vorige platz vnd statt geen; vnd so dan die schwein seindt gangen in den wald, so seindt sie schuldig den dem (Zehnt); seindt sie aber nit in den wald gangen, so seindt sie den deme nit schuldig. Vergl. Gierke, Humor, S. 24.

2) Als „umbra injuriae" bezeichnet bei Pothier, Pand. Just., Tom. 1 p. 310 n. 4.

3) Zitelmann, in Bruchstücke eines 2. Gesetzes von Gortyn v. Bücheler u. Zitelmann, S. 182 (Rhein. Mus. f. Philol., N. F. Bd. 41, 1886).

4) Girard, Les act. noxales, p. 88, 89 (in der Nouv. Rev. Histor. de Droit franc. XII, Paris 1888).

5) Jhering, Schuldmoment im röm. Privatr., S. 168 ff. (in Vermischte Schriften jurist. Inhalts, Leipzig 1879).

6) Zimmern, Syst. der röm. Noxalkl., S. 36 ff., Rechtsgeschichte, Bd. 1 § 191.

Es spricht von ihren „Missethaten“ [1]), sie werden als auctor criminis, auctor interfectionis [2]) bezeichnet.

Die That wird ein „Sündigen“ [3]), das Thier „schuldig“ genannt [4]), oder die Unschuld des Thieres oder Werkzeugs wird festgestellt [5]).

So werden denn auch die Rechtsfolgen des Unrechts als auf sie anwendbar gedacht [6]). Die praktische Durchführung dieses Gedankens bis in seine äußersten Konsequenzen hat allerdings erst die zweite Hälfte des Mittelalters gebracht, als sie zu öffentlichen Thierstrafen und Thierprozessen überging und hier das Verfahren gegen Thiere [7]), ja sogar gegen Pflanzen und leblose Sachen [8]), als Rechtsgang bis auf das Genaueste dem gewöhnlichen Prozesse nachbildete [9]). Allein selbst wenn es richtig ist, daß die öffentliche Anwendung der peinlichen Strafen gegen

---

1) Aelfred 24: Be nietena misdaedum. Ebenso die franz. Coutumes. Très-ancienne Coustume de Bretaigne, Ch. 122: Mais si les chevaux ou charette ou autre chose faisoient le meffait.... Ein Pariser Parlamentsurtheil vom 1. XI. 1271 spricht von factum bicornarum (Les Olim etc. ed. Beugnot, Tome 1 p. 867 n. IV). ein anderes von 1273 von „Delikten“ von Thieren (ebenda, Tome 1 p. 942 n. 45). Ebenso Cout. anc. de la ville de Beaune, a. 197 (Giraud, Essai sur l'hist. du droit franç., Tome 2 p. 329 ff.).

2) Lex Sal. 36, Lex Rib. 70, 1. Uebergegangen in die sog. Leges Henrici primi tit. 90 § 6.

3) Aelfred 23 (Uebersetzung des Quadripartitus): .... Si canis amplius peccet....

4) Wend.-Rügian. Landgebr. v. Normann (ed. Gadebusch 1777), Tit. 177 al. 11. — Die sog. Constit. de foresta Knuts, c. 34 sagen von einem jagenden Hunde: reus sit maximi criminis.

5) Freiberger Stadtrecht (bei Schott, Bd. 3), Kap. 49 § 9: ... der wagen ist unschuldic vnd die pfert ...

6) Brunner, Absichtslose Missethat, S. 837, 838.

7) v. Amira, Thierstrafen und Thierprozesse (in Mitth. des Instit. f. österr. Geschichtsforsch. 1891, Bd. 12 S. 545—601).

8) v. Amira, Thierstrafen, S. 563.

9) v. Amira, Thierstrafen, S. 554, 564 ff.

Thiere ihre Entstehung nicht dem arischen, sondern dem mosaischen Recht verdankt [1]), so beweist doch die Thatsache, daß sie überhaupt auf germanischem Boden entstehen und sich bis in unser Jahrhundert hinein erhalten konnte, jedenfalls, daß sie dem Rechtsbewußtsein des Volkes und seiner Anschauung von der Persönlichkeit der Thiere entsprach [2]). Dies um so mehr, als die Thierprozesse zweifellos in dem alten Glauben an die Belebtheit der Natur wurzelten [3]).

Die Anschauung von der Schuldfähigkeit der Thiere finden wir auch im römischen Recht. Zwar hat hier die Entwickelung, die schon um die Zeit der XII Tafeln im Wesentlichen beendet war und deren Einzelheiten sich daher unserer Kenntniß entziehen, uns nur wenige Spuren des alten Rechtes erhalten. Allein schon sie genügen, um uns zu überzeugen, daß jene Anschauung eben nicht nur die des germanischen Rechts war.

Schon daß der Begriff der noxia einheitlich auf Hauskinder, Sklaven und Thiere bezogen wurde [4]), beweist, daß bei ihnen gleichmäßig die Vorstellung des Deliktes [5]) vorschwebte [6]).

---

1) So v. Amira, a. a. O. S. 591.

2) Ebenso Brunner, Rechtsgesch., Bd. 2 S. 556.

3) v. Amira, a. a. O. S. 596 ff. formulirt dies: „Thierprozesse sind Gespensterprozesse. Nicht die Thiere, sondern in ihnen wohnende Menschen- und Dämonenseelen sind die Verklagten." — Der Unterschied dieser Auffassung von der — von ihm abgewiesenen — einer Personifikation der Thiere ist vielleicht nicht so groß, wie er scheint. Vergl. die Bemerkung von Dareste in seiner Anzeige der v. Amira'schen Schrift in der Nouv. Revue Hist. XVI (1892) p. 490. Mit Amira auch Schröder, Rechtsgesch., 2. Aufl., S. 61 Nr. 68.

4) J (4, 8), pr. J (4, 9), Gai. IV 75—79.

5) Nur aus Delikten entsteht gegen den Herrn die a° noxalis, aus Kontrakten nur die a° de peculio (Savigny, System V, S. 568). Girard, Les actions noxales in der Nouv. Rev. Hist. (1887), Bd. 11 S. 415 ff. Fr. 238 § 3 D. de R. J. (50, 16): Noxiae appellatione omne delictum continetur. Vergl. § 1 J. de nox. act. (4, 8): noxia ipsum maleficium, veluti furtum, damnum, rapina, iniuria.

6) Zimmern, System der röm. Noxalklagen, S. 14, 42, 79 ff.

Und daß der Unterschied, ob der Schaden contra oder secundum naturam des Thieres von ihm angerichtet worden, wofern er wirklich schon altrömisch[1]) und nicht erst durch eine Flüchtigkeit des Verfassers des Institutionentitels 4, 9 in das Recht hineingetragen ist[2]), auf eine Qualifizirung des „Willens" des Thieres hinausläuft, ist kaum zu bezweifeln[3]). Unerklärlich aber wäre ohne die Annahme, daß das Recht auch bei Handlungen des Thieres die Begriffe der Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit angewendet habe, die Entscheidung des fr. 1 § 11 D. si quadr. (9, 1)[4]).

Auch das germanische Recht berücksichtigt die Qualität des thierischen Willens. So schließen die altschwedischen Rechte eine Ersatzpflicht des Herrn des tödtenden Thieres dann aus, wenn dieses einer schwächeren Gattung angehörte, als das getödtete, die Vermuthung also für Nothwehr spricht; aus dem gleichen Grunde ist in dem Fall, wo das getödtete Thier durch Gebundenheit gehindert war, sich zu vertheidigen, der Herr des tödtenden schadenersatzpflichtig[5]).

Gesterding, Rechtsverh. in Beziehung auf fremde Thiere, in Zeitschr. f. Civilr. und Proz., Bd. 4 S. 266 ff. Heute kann man dies wohl als unbestrittene Ansicht der Jurisprudenz bezeichnen.

1) Bezweifelt hat dies Jhering, Schuldmoment, S. 202, und ich möchte mich ihm, wenn auch aus anderen Gründen, anschließen.

2) Eisele, Ueber die Haftung des Eigenthümers für den durch sein Thier verursachten Schaden, in diesen Jahrb., Bd. 24 S. 488.

3) Girard, Les act. noxales, p. 46.

4) So schon Grotius, De jure belli I cap. 2 § 3 n. 2. Uebergegangen in die Wormser Reformation (Worms 1542) VI 21 § 2: „So aber eyn Thier das ander schedigte, wenig oder vil, vnd das Thier, so beschedigt were, den krieg angefangen, so ist der Herr des Thiers, das widerwere gethan, wiewol es nit vernunfft hette, nicht schuldig des schadens, denn das gesetz der natur erlaupt gegenwere." Zu § 4 vergl. Zitelmann bei Bücheler und Zitelmann, Bruchst. eines 2. Ges. von Gortyn, im Rhein. Mus. f. Philol., N. F. Bd. 41 S. 132 Note 37.

5) v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht, Bd. 1 S. 400.

Noch schärfer tritt die Frage des Rechts nach der Zurechenbarkeit der Handlung auf den thierischen Willen im langobardischen Edikt hervor[1]). Genau wie bei der menschlichen Handlung wird hier unterschieden, ob das delinquirende Thier zurechnungsfähig war oder nicht; im ersteren Fall wird sein Herr verantwortlich gemacht, im letzteren nicht[2]).

Hat diese Anschauung sich bezüglich der Thiere noch lange erhalten, so muß sie betreffs der Werkzeuge jedenfalls schon sehr früh einer rationalistischeren gewichen sein; indessen nicht früh genug, um nicht in den Rechtsquellen Spuren hinterlassen zu haben. Noch die sog. leges Henrici primi machen den Eigenthümer absolut haftbar für allen Schaden, den seine Waffe anrichtet, die er irgend wohin gelegt hat; z. B. wenn ein Dritter sie herunterstößt und durch sie verletzt oder gar getödtet wird[3]).

Nach einer Bestimmung Aelfred's[4]) wird ein Baumstamm, der einen beim Fällen Beschäftigten durch seinen Sturz erschlägt, den Verwandten des Getödteten ausgeliefert[5]); daß hier in dunklem Hintergrunde die Idee der Rache vorschwebt, welcher der Balken, wie jeder Mörder, verfallen ist, scheint mir unzweifelhaft[6]).

1) Ed. Roth. c. 324, 326 in Verbindung mit c. 323.

2) Das Gleiche im Recht von Wales (Anc. Laws S. 357, 8; 390, 12; 344, 58).

3) Tit. 90 § 11.

4) Aelfred 13. Uebergegangen in die Leges Henr. primi 90 § 6.

5) Später entwickelt das englische Recht das Institut der Deodands (Hepp, Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, 1838, S. 165). Derselbe Gedanke in den Stadtrechten von Schleswig, Flensburg und Apenrade (Hepp, a. a. O., Brunner, Absichtslose Missethat, S. 341).

6) Hepp a. a. O. und Brunner a. a. O. S. 340 sehen in diesen Bestimmungen den altreligiösen Gedanken, daß man Dinge, die mit Menschenblut befleckt sind, von sich thun müsse. Es liegt mir fern, den Einfluß desselben bestreiten zu wollen; allein er erklärt nicht, weshalb diese Sachen gerade den Verwandten des Getödteten ausgeliefert werden müssen.

Der Gedanke, daß die Verletzung durch ein Werkzeug eine That ebendieses Werkzeuges sei, daß daher, wenn sie durch Ungefähr in der Hand eines Fremden geschah, nicht der Fremde — falls ihn keine Schuld traf — sondern die Waffe selbst, also ihr Eigenthümer[1]), hafte, findet sich in vielen Rechten wieder. Noch seinen vollen Ausdruck findet er bei Aelfred 19: gif sweord-hwita odres monnes waepn to feormunge onfo, odđe smiđ monnes andweorc, hie hit gesund begen agifan, swa hit hwaeđer hiora aer onfenge, buton hiora hwaeđer aer þingode, þaet he hit angylde healdan ne þorfte[2]). Wenn ein Schwertfeger das Schwert oder ein Schmied das Handwerkszeug eines Mannes zum Ausbessern erhält, so soll er es „gesund" zurückgeben, wie er es empfangen hat, es sei denn . . . (und nun folgt die Ausnahme).

Der Quadripartitus übersetzt „gesund" mit „quietus", die Leges Henrici primi 87 § 3, welche die Bestimmungen Aelfreds aufgenommen haben, geben es mit „absolutus". Der Sinn der Bestimmung ist aber nicht etwa ein rein religiöser: der Eigenthümer soll seine Waffe „unbefleckt" wieder empfangen[3]), sondern auch ein sehr materieller: er soll sie wieder erhalten, frei von unrechter That, für die er verantwortlich gemacht werden könnte. So sagen es deutlicher die Leges Henrici primi 87, 2 bei ihrer Wiedergabe einer Bestimmung Knuts (Leges sec. 76), welche den Eigenthümer

1) Das „also" wird der nächste Abschnitt rechtfertigen müssen.

2) Im Recht von Wales findet sich noch die Bestimmung, daß, wenn einer seine Waffen in Gegenwart des Königs deponirt mit den Worten: „Hier lege ich meine Waffen in den Frieden Gottes und des Königs, damit niemand sie entwende, um Böses damit zu thun", er haftfrei ist, auch wenn wirklich danach jemand mit ihnen getödtet wird (Anc. Laws S. 792, 17. 34; vergl. 17. 33).

3) So faßt Brunner, Rechtsgesch., Bd. 2 S. 557, 558, diese Bestimmung auf: „rein von Blutschuld".

einer Waffe, mit der ein Anderer Schaden angerichtet, für haftfrei erklärt, indem sie hinzufügen: **Observet autem ille cujus arma erant, ut ea non recipiat antequam in omni calumpnia**[1] **munda sint.** Es ist genau der gleiche Gedanke, aus welchem in den römischen Urkunden über Sklavenverkäufe die typische Versicherung gegeben zu werden pflegte, der Sklave sei **furtis noxisque solutus**[2]).

Die gleiche Auffassung liegt Aelfred 36 zu Grunde, wo ebenfalls das Werk des auf der Achsel getragenen Speers, in den ein Mann von hinten hineinrennt, ohne Rücksicht auf Verschulden den Träger verantwortlich macht.

Ebenso läßt das friesische Recht Haftung eintreten, **ther werth en ergera dede ur bek eden mith bekwardiga wepne and bi unwilla**[3]). Auch hier kommt es also auf eine noch so geringe Fahrlässigkeit des Eigenthümers der Waffe nicht an.

Daß diese Anschauung, wonach die Waffe, das Werkzeug

---

1) Calumnia bedeutet hier, wie in der Sprache der Volksrechte, Fehde, Rache. Lex Gundob. 17; 18, 1; 44, 1, Lex Wisig. VIII 3, 3.

2) Varro, Rerum rusticarum Lib. II 10, 5 (Bruns, Fontes, II., 6. Aufl., v. Mommsen und Gradenwitz, 1893, S. 65). Vergl. die beiden Kaufverträge Nr. 105 und 106 in Bruns, Fontes, I, 6. Aufl., S. 288, 289. Auffallenderweise fehlt die Klausel in dem (auf dem gleichen Triptychon befindlichen) Kaufakt Nr. 107 (a. a. O. S. 290), nicht dagegen, wie Girard, Les act. nox. in Nouv. Rev. Hist. XI S. 414 Note 2 fälschlich behauptet, in der griechischen Kaufurkunde von Askalon (Fontes, I, S. 326). Der Verkäufer und seine Erben übernehmen hier die volle Garantie für alles was einer τοῦ πεπραμένου δούλου ἀντιποιηθῇ ἢ ἐπενεχθῇ. Vergl. hierzu das Recht von Gortyn v. Bücheler und Zitelmann (Rhein. Mus., N. F. Bd. 40, Ergänzungsheft S. 167 ff.).

3) v. Richthofen, Fries. Rechtsquellen, XII. Landrecht, S. 60, 61 (vergl. S. 177, 205, 206). Was überrücks mit rückwärtigen Waffen gethan wird — das ist gerade der Thatbestand bei Aelfred 36. Daher scheint mir der Zweifel von v. Richthofen, Altfries. Wörterbuch s. v. bekwardich

selbst der Thäter und deshalb ihr Eigenthümer verantwortlich sei, sich noch lange erhalten hat, beweisen uns verschiedene Bestimmungen, die ihr entgegentreten.

Sowohl die Gundobada[1]), wie das erwähnte Gesetz Knut's sehen sich veranlaßt, ausdrücklich zu bestimmen, daß der Eigenthümer haftfrei bleibe, sofern ihn keine Schuld an dem Unfall treffe. Auch das langob. Edikt muß noch den Grundsatz der Nichthaftung des schuldlosen Eigenthümers, mit dessen Waffe ein Anderer Unheil anrichtet, ausdrücklich aussprechen[2]). Und noch die Très-ancienne Coustume de Bretaigne[3]) faßt die tödtende Sache als den auctor interfectionis im alten Sinne der lex Ribuaria[4]) auf und verlangt, daß der Eigenthümer, will er sich nicht verantwortlich machen, sich ihrer entschlage.

Im gleichen Sinne erscheint im Freiberger Stadtrecht (um 1400)[5]) das Verhältniß zwischen Wagen und Pferden, die ein Kind oder Schwein überfahren, als Mitthäterschaft; „der wagen ist unschuldic vnd die pfert", falls den Kutscher Schuld trifft; gehen die Pferde durch, so sind sie allein schuldig, der Wagen aber ist unschuldig, und wegen seiner haftet der Eigenthümer nicht.

Daß wir es in allen diesen Bestimmungen in der That

---

unbegründet. Daß hier keineswegs „meuchlerische Waffen, mit denen hinterrücks gemordet wird", gemeint sein können, beweist der Zusammenhang aufs klärlichste.

1) Gundob. 18, 2.

2) Ed. Roth. 307, 308.

3) Ch. 176 (Bourdot de Richebourg, Tome 4 p. 199 ss.). Die Redaktion von 1539 (ibid. p. 291 ss.) hat in dem Satz (Art. 600), daß Eigenthümer von Mühlen nur für Schaden haften, wenn sie in culpa sind, das alte Recht dem römischen preisgegeben.

4) Lex Rib. 70, 1.

5) Kap. 49, 9 (in Schott's Sammlungen, Bd. 3 S. 141 ff.).

mit jener Anschauung zu thun haben, wird sofort deutlich, wenn wir ihnen Sätze der Quellen gegenüberstellen, welche sich zwar auch auf leblose Gegenstände des Eigenthums beziehen, in welchen aber der Schaden, die Verletzung nicht durch eine eigene Bewegung dieser Gegenstände hervorgebracht sind.

Hierhin gehören Verletzungen durch Zäune, Gräben, Brunnen, Schlingen u. dergl.[1]). Die lex Ribuaria läßt, unähnlich ihrer Bestimmung über ein manufactile, hier eine Haftung nur eintreten für den, der bei der Anlegung derartiger Werke unvorsichtig zu Werke gegangen ist[2]). Die Gundobada präzisirt das Maß der Vorsicht dahin, daß die Schlingen an Orten gelegt sein müssen, wohin der Wahrscheinlichkeit nach ein Mensch oder Thier nicht kommen werde, nämlich extra culturas et in desertis[3]). Auch das langob. Edikt stellt die Haftpflicht des Eigenthümers auf die Qualität seines Willens. Wer bloß zum Schutz seines Ackers ihn mit Gräben umgiebt, haftet nicht, wenn ein Mensch oder Vieh darin verunglückt, sofern er sie nur nicht verborgen anlegt. Ebensowenig haftet, wer zum gemeinen Nutzen einen Brunnen angelegt hat, für Unfälle, die durch diesen entstehen[4]). Eine Ausnahme scheint nur die lex Saxonum zu machen; allein der hier überlieferte Text ist so offenbar verderbt[5]), daß er nicht in Betracht kommen kann.

---

1) Vergl. zum Folgenden, Schmidt Grunds. über Schadensersatz in den Volksrechten (in Gierke's Unters., Heft 18), S. 36 ff.

2) Lex Rib. 70, 2. Das incaute ist hier sachgemäß auch auf den ersten Theil des Satzes, das facere von fossa und puteus, mit zu beziehen. A. A. Schmidt, S. 41.

3) Gundob. 72.

4) Ed. Roth. 305, 306.

5) Daß das ursprüngliche Gesetz die beiden fast gleichlautenden und dabei dicht auf einander folgenden Kapitel 56 u. 58, die sich in nichts unter-

Bei Thierfallen sind die Bestimmungen verschieden. Wo ein Gesetz sie als machinamenta denkt, wendet es auch konsequent die für Werkzeuge geltenden Regeln an [1]).

Dagegen wird einheitlich bei Zäunen und Hecken eine Nachlässigkeit des Herrn erfordert [2]), die entweder darin liegt, daß die Hecke nach außen nicht gestutzt ist und sich daher Menschen oder Thiere an den hervorstarrenden Zweigen verletzen können [3]), oder daß sie nicht die genügende Höhe hat [4]), um Thiere am Hinüberspringen zu verhindern [5]).

---

scheiden, so gehabt habe, wie sie vorliegen, ist nicht anzunehmen (vergl. Richthofen in seiner Ausgabe Leges V S. 77 Note 4). Der Text ist jedenfalls schon früh verdorben, da alle Handschriften jene Kapitel haben.

1) Daher der Unterschied zwischen lex Rib. 70, 2 und lex Thuring. 61.

2) Brunner, Rechtsgesch., Bd. 2 S. 548.

3) So lex Rib. 70, 4, wo noch das incautus besonders betont wird.

4) Die lex Rib. 70, 3 verlangt Kinnhöhe (Schmidt, a. a. O. S. 37 Note 84: Kniehöhe; ein offenbarer Lapsus, veranlaßt durch Ssp. II 38), die lex Baiuw. 14, 1 Brusthöhe. Vergl. Leges Henr. primi 90, 4. — Aehnlich bestimmt das Gesetzbuch Manu's VIII 239 (Jolly, Die jur. Abschnitte aus dem Gesetzb. des Manu, in Zeitschr. f. vergl. R.W., Bd. 3 S. 278 ff.): Der Eigenthümer eines Feldes soll eine Hecke darum machen, über welche kein Kameel hinweg sehen kann, und jede Ritze verstopfen, durch die ein Hund oder ein Eber seine Schnauze stecken könnte (vergl. W. zu Ratfeld, Oest. Weist., Bd. 2 S. 118). Wenn der Pactus Alam. fragm. III 20 keine bestimmte Höhe vorschreibt, so ergiebt sich dennoch aus dem hier gegebenen Thatbestande — ein Pferd hat einen Zaun übersprungen — daß auch hier die Nachlässigkeit, den Zaun nicht hoch genug gemacht zu haben, um ein Ueberspringen unmöglich zu machen, die Haftpflicht begründete.

5) Daß der hier vorgetragene Gegensatz auf die Regelung der Haftung für bewegte und unbewegte Gegenstände in den Rechtsbüchern noch Einfluß gehabt hat, wird m. E. bewiesen durch die Erfolglosigkeit des Versuches, für sie eine einheitliche Quelle zu finden. Hammer, Lehre v. Schadensersatz n. d. Sachsensp. 2c. (in Gierke's Unters., Heft 19) hat als solche (S. 41 ff. die Verursachung zu finden geglaubt. Allein sie führte ihn dazu, in einer verschiedentlich wiederholten Bestimmung einen „direkten Widerspruch" mit seinem Prinzip sehen zu müssen (S. 49, 50). Diese selbst erklärt sich aber einfach daraus, daß der Schaden, von dem sie spricht, von einem „ruhenden" Balken herrührt, wo also mangels eigener Bewegung des Balkens nach

Bei allem Schaden also, der ihm durch Thiere oder Werkzeuge geschieht, sieht der Naturmensch in ihnen einen persönlichen Gegner. Sie verletzen im gleichen Grade, wie der Volksgenosse, sein Rechtsgefühl und erregen in ihm das Verlangen nach Rache [1]).

Mit diesem Rachetrieb rechnen die Volksrechte [2]), wie auch spätere Quellen [3]), und noch moderne Gesetzbücher [4]).

Während aber die Auslösung dieses Triebes durch jede Rechtsverletzung ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit ihrer Urheber erfolgt [5]), zeigt sich für die Befriedigung des Rachegefühls, sobald einmal diese Befriedigung unter der Herrschaft

---

dem allgemeinen Grundsatz eine Haftung des Eigenthümers nur durch culpa begründet wird.

1) v. Wyß, Haftung f. fremde culpa, S. 23 Note 2. Ihering, Schuldmoment, a. a. O. S. 167, 168. Hammer, Lehre vom Schadensersatz, S. 86, 87.

2) Lex Wisig. VIII 3 § 15 i. f.; Ed. Roth. 346, 349; Liutpr, 86, 151; Lex Sal. 9, 1. 38; Lex Rib. 46 (Grimm, R.A., S. 664); Lex Burg. 64, 1. 2; 89; Lex Baiuw. 14, 7.

3) Isländ. R. bei v. Amira, Nordg.-Obl.-R., Bd. 2 S. 425. Grimm, Weisthümer, Bd. 3 S. 46, 133, 308, 309, 318, 683, 714, 719, Bd. 5 S. 174. Le grand coutumier de Normendie, Ch. VII (Bourdot de Richebourg, Tome 4 p. 5); Cout. Gen. de la Bourt (B. de R. IV 967 ss.) III, 32, 33. Fors et costumas de Bearn, Rubrica de herbages a. 4 (B. de R., IV 1071 ss.). Cout. d'Orleans a. 154 (B. de R., III 785 seq.). Cout. de Blois a. 222 (B. de R., III 1047 seq.). Beaumanoir cap. 52, a. 6, (II p. 288). Schwabensp. Ldr. (ed. Wackernagel, 1840) 315 v. 6ff. Sachsensp. Ldr., II 40 § 5.

4) Décret concern. les biens et usages ruraux et la police rurale du 28. sept.—6. oct. 1791, Tit. II a. 12 al. 3 (Bormann und v. Daniels, II p. 168). Code des délits et des peines a. 453 al. 2, Oesterr B.G.B. § 1321.

5) Dies übersieht m. E. Pernice, Labeo, Bd. 1 S. 119ff., wenn er darin, daß der Satz noxa caput sequitur auch auf den Freigelassenen angewendet wurde, einen „neuen" Rechtssatz erblickt, der durch die gewählte Denkform die in ihm enthaltene Anerkennung der Persönlichkeit des Sklaven verdeckt habe.

des Rechts steht, sobald sie daher von diesem als berechtigt anerkannt und mit seiner Billigung oder seinem Schutze begabt wird, eine Verschiedenheit der Urheber als von wesentlicher Bedeutung [1]).

Diese Verschiedenheit ist die zwischen dem selbstherrlichen Schädiger und demjenigen, der Objekt einer fremden Herrschaftsmacht ist. Während der erstere vom Rechte als Einheit anerkannt wird und daher in der Fehde, wie im Rechtsgange fähig ist, dem Verletzten als Gegner gegenüberzutreten, ist der letztere keine rechtliche Einheit in diesem Sinne, er existirt für das Recht nicht, seine Stellung ist ihm angewiesen innerhalb der Rechtssphäre eines Anderen, der nach außen hin diese Rechtssphäre repräsentirt.

Die juristischen Konsequenzen dieser Unterscheidung soll der folgende Abschnitt erörtern.

II. Die Verantwortlichkeit des Gewalthabers.

Das Recht ist die Ordnung menschlicher Verkehrsverhältnisse; seine Ausbildung setzt also einen regelmäßigen Verkehr, dieser das Bestehen gesonderter Wirthschaftseinheiten voraus. Die Berührungen dieser unter einander erzeugen zuerst die Nothwendigkeit fester Normen; sie allein bilden auch zuerst deren Inhalt. Die wirthschaftliche wird, vom Rechte anerkannt, zur rechtlichen Einheit.

Um die Verhältnisse innerhalb dieser Wirthschaftseinheit sich zu kümmern, hat das Recht vorerst keinen Anlaß.

---

1) Dies leugnet die Theorie, welche die Haftung des Gewalthabers für Thaten seiner Gewaltunterworfenen als Strafe der Begünstigung auffaßt, die der dem Unterworfenen gewährte Schutz involvirt. Besonders ausgeführt ist dieser Gedanke, den unsere angesehensten Germanisten, namentlich v. Amira, Brunner und Schröder vertreten, bei Girard, Les actions noxales in der Nouvelle Revue Historique, 1888, XII p. 39 ff.

So existirt denn für das Recht nur die Einheit als solche, verkörpert in der Person ihres Häuptlings.

Seine Gewalt über alles innerhalb seiner Herrschaftssphäre ist für das Recht gegebene Thatsache, die es respektirt, und aus der es seine Konsequenzen zieht. Diese Gewalt selbst zieht es noch nicht in den Bereich seiner Regeln [1]).

Daher ist im Anfange diese Gewalt eine einheitliche; ihr Symbol ist die Hand, die zugleich zwingt und schirmt [2]).

Das germanische Recht geht denn auch bei seiner Entwicklung von dieser einheitlichen [3]) Gewalt [althochdeutsch munt [4]), latinisirt mundium] aus, die noch keine Differenzirung kennt; sie ist die gleiche über Personen, freie und unfreie, wie über Sachen. Wie lange das Bewußtsein dieser Einheitlichkeit sich erhalten hat, zeigen friesische Rechtsquellen noch des 13. und 14. Jahrhunderts, welche die Schadensanrichtung durch Thiere, Knechte, unmündige Kinder und Frauen als gleichwerthig neben einander stellen und den Hausherrn für sie in vollständig gleicher Weise haften lassen [5]).

Erst verhältnißmäßig spät [6]) beginnt eine verschiedene

---

1) Huber, Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, 1894, S. 81, 82. Leist, Alt-arisches Jus civile, Bd. 2 (1896) S. 188.

2) v. Richthofen, Altfries. Wörterbuch s. v. hond 3) u. 4), S. 824; v. Amira, Grundriß, S. 138.

3) So Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. 1 S. 95 ff.; Brunner, Rechtsgeschichte, Bd. 1 S. 71, 72; Schröder, Rechtsgeschichte, 2 A, S. 58 N. 1; Huber, S. 79; Leist, Alt-arisches Jus civile, II. Abth. (1896), S. 140 ff. Dagegen — aber mit dem Zugeständniß der Analogie — Kraut, a. a. O., Bd. 1 S. 34 ff., 287 ff. Vergl. auch Albrecht, Gewere, S. 11.

4) Die verschiedenen Formen bei Kraut, Vormundschaft, Bd. 1 S. 1—4. Vergl. Brunner, Rechtsgeschichte, Bd. 1 S. 71 zu Anm. 6.

5) v. Richthofen, Rechtsqu. XII. Landr., S. 60, 61, Emsiger Bußtaxen § 18 S. 226, Westergoer Bußtaxen § 70 S. 472.

6) Nach Heusler, Bd. 1 S. 97 erst im 8. Jahrh. die Trennung der Namen; vergl. Schröder, S. 58 N. 1.

Entwicklung der sachenrechtlichen und der personenrechtlichen Herrschaft; für jene kommt der Name der Gewere, Were auf, während diese die alte Bezeichnung als Munt beibehält.

Allein die Einheitlichkeit des Ursprungs zeigt sich noch in der Unsicherheit bei der Anwendung jenes Namens. Noch bis lange nach der Zeit der Rechtsbücher wird die sachenrechtliche Herrschaft Vormundschaft [1]), sogar gelegentlich die personenrechtliche Gewere [2]) genannt.

Auch im römischen Recht ist die hausherrliche Gewalt, analog als **manus** bezeichnet, der centrale Ausgangspunkt der personen- und sachenrechtlichen Entwicklung [3]). Der Rechtsübertragungsakt des alten Civilrechts, die **mancipatio**, hat die Erinnerung an diese Einheitlichkeit noch bewahrt; unter sein Bereich fällt die Ueberäußerung personenrechtlicher Gewalt so gut, wie die quiritarischen Eigenthums [4]).

Das Gewaltverhältniß selbst ist seinem Begriffe nach rein thatsächliche Macht [5]), an welche das Recht seinerseits Konsequenzen knüpft.

---

1) Hlodhaere u. Eadric 14 wird das Eigenthum am Hause mundbyrd genannt. Stad. Stat. I 18 (Pufendorf, Obs. jur. un. I app., p. 178); Hamb. Stat. von 1270, I 12. Noch im 16. Jahrh. spricht eine von Stobbe, Privatr., Bd. 4 S. 4 N. 2 erwähnte Stelle der Breslauer Statuten von Vermögen, welches in eines Ehegatten „Munde verstorben worden". Vergl. Kraut, Bd. 1 S. 34.

2) Leipziger Schöffenurtheil bei Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen, Bd. 1 (1860) S. 144.

3) Ihering, Geist des r. R., Bd. 1 (3. Aufl.) S. 114.

4) Gai. I 117—121.

5) Heusler, Bd. 1 S. 108. Girard, Les act. noxales in Nouv. Rev. Hist., XI p. 427 zu Note 2. Waitz, Ueber Bedeutung des Mundium im deutschen Recht (in Sitzungsber. der Berliner Akademie, 1886, S. 375 ff.), hat dies bekanntlich bestritten und gegen Heusler nachzuweisen gesucht, die Munt sei kein Gewalt-, sondern ein Schutzbegriff. Allein nachgewiesen ist nur, daß die Quellen vorwiegend von dem mundeburdium als defensio et tutela sprechen (Du Cange s. v. mundiburdus).

Diese Grundlage ist durch die Differenzirung des Verhältnisses zunächst nicht berührt worden; die Munt wie die Gewere haben den Charakter einer thatsächlichen Herrschaft beibehalten.-

Zu ihrer Bezeichnung greift die Rechtssprache häufig nur ein einzelnes Moment aus der Gesammtheit der rechtlich wirksamen Beziehungen heraus, z. B. die Thatsache der Unterhaltgewährung.

Den Knecht nennen angelsächsische Quellen hlaf-aetan [1]) (Brodesser) oder manupastis [2]), ein Gesinde des Königs heißt dessen fedesl [3]), ebenso dient als Kennzeichen der Gewalt über Thiere das Futtergeben [4]); das Recht von Gortyn bezeichnet

---

Und das ist natürlich; das Recht interessirt, wie im Text ausgeführt, in jener Zeit nur die äußere Seite des Verhältnisses; um die innere Seite hat es weniger Anlaß sich zu kümmern, weil sie — wie Waitz S. 385 von der väterlichen Gewalt sagt — „ein natürliches, man kann sagen, außerhalb des Rechtes stehendes Verhältniß war". Daß aber im Begriffe des mundium die Vorstellung eines Gewaltverhältnisses überhaupt nicht liege, kann nicht wohl behauptet, noch weniger aber gegen die von Du Cange s. v. mundium angeführten Quellenstellen bewiesen werden. Noch im 13. Jahrh. kommt Munt in dieser Bedeutung vor. Kl. Kaiserrecht (ed. H. E. Endemann, 1846), Bd. 1 S. 10: ... das man den scheffen oder gesworn sal des keisers munt geben mit dem eyde, dem armen und dem riehen glich recht zu tun. Sint gesc. stet: man sal des keisers gewalt by dem eyde geben... (s. auch Brunner, Bd. 1 S. 71 ff.; Schröder, S. 58 Note 1). Für das eheherrliche Mundium vergl. noch Sohm, Recht der Eheschließung, S. 60, 65. Im römischen Recht die caelibaris hasta (Festus s. h. v. bei Bruns, Bd. 2 S. 4). Dagegen allerdings Ihering, Geist, Bd. 1 S. 113.

1) Aedelbirht, 15.

2) Leges Henr. primi 66, 7. An anderer Stelle (41, 6) wird das Halten in der Pflege genannt.

3) Aedelbirht, 12. Nach der Auslegung von Zoepfl, Alterthümer des deutschen Reichs und Rechts, Bd. 1 (1860) S. 271. Anders Jastrow, Strafr. Stellung der Sklaven, S. 52.

4) Aelfred, 23. Für das altnordische Recht Frostuþingslog, V 17 (v. Amira, Nordg. Obl.-Recht, Bd. 2 S. 424).

in gleicher Weise den Eigenthümer von Knechten, wie von Thieren mit dem Worte ὁ πάστας [1]).

Auch als Merkmal [2]) personenrechtlicher Gewalt gilt die Thatsache des Gewährens der Lebensbedürfnisse [3]); festingmen, gebrodete Leute, heißen in angelsächsischen Urkunden die Hofleute [4]). Ebenso erscheint sie im Freiberger Stadtrecht [5]). Gleich häufig genannt wird die Obdachgewährung [6]), wobe mitunter eine Zeitgrenze nach unten angegeben wird [7]).

Als Bezeichnung der sachenrechtlichen Herrschaft finden wir sie im langobardischen Edikt [8]), wie im westgothischen Recht [9]); auch umgekehrt wird häufig die rechtliche Folge anstatt ihrer thatsächlichen Voraussetzung genannt [10]).

Als Bezeichnung der personenrechtlichen Herrschaft erscheint sie im angelsächsischen [11]), fränkischen [12]), friesischen [13]) Recht.

1) Erstes Gesetz, II 22 (Das Recht von Gortyn, herausg. von Bücheler u Zitelmann, Rhein. Museum f. Phil., N. F. Bd. 40. Ergänzungsheft S. 20). Zweites Gesetz A. 15 (Rhein. Mus., N. F. Bd. 41 S. 120, 121).

2) Als solches stellt sie sich auch dar in Form. Tur. 48 (Form. Merow. et Karol. aevi ed. K. Zeumer, p. 158).

3) Hlodhaere u. Eadric 15.

4) Zoepfl, Alterthümer des deutschen Reichs und Rechts, Bd. 1 S. 268 ff.

5) Freiberger Stadtrecht, 49, 17 (bei Schott, Sammlungen, Bd. 3 S. 141 ff.).

6) Vergl. Brunner, Rechtsgesch., Bd. 1 S. 71, Bd. 2 S. 275.

7) 3 Nächte verlangen Hlodhaere u. Eadr., 15; 9 Nächte Ed. Roth. 274.

8) Roth. 274.

9) Eurich 279 (Leges Visigoth. antiquiores ed. Zeumer, 1894, p. 5).

10) Beispiele bei Albrecht, Gewere, S. 12, 13.

11) Hlodhaere u. Eadr. 15, Aedelstan Greataneleage 8.

12) Karoli M. Cap. ital. c. 11, Hludowici Pii Cap. de discipl. palatii Aquisgr. v. 820 c. 5 (Capitularia, Tome 1, ed. Boretius, p. 218, 298).

13) Brokmerbrief § 129 (v. Richthofen, Rechtsquellen, S. 160).

So kann es denn nicht weiter auffallen, wenn im älteren deutschen Recht an zahlreichen Stellen die thatsächlichen Voraussetzungen der Munt, zusammengefaßt in dem Inbegriffe der mithio d. i. alles dessen, was der Gewaltunterworfene[1]) zugemessen erhält[2]), als Bezeichnung für die Munt selbst gesetzt werden[3]), ein Umstand, der die vielfachen Bedeutungen[4]) jenes Wortes erklärt[5]).

Und wie die Begründung der Munt, so ist auch ihre Beendigung nur ein faktischer Vorgang, Aufhören der Herrschaft[6]).

An dieses thatsächliche Gewaltverhältniß, welches auf alles, was sich innerhalb des Herrschaftsbereiches befindet, beständig eine allein maßgebende Einwirkung ausübt, knüpft das Recht an; indem es einerseits jene Machtsphäre respektirt, zieht es andererseits aus ihrer Unangreifbarkeit die praktischen

---

1) v. Amira, Grundriß, S. 101. Waitz, Verfgesch., Bd. 2 S. 291 ff. bestreitet, daß das Verhältniß des Grundherrn zu seinen miti eigentliches mundium gewesen sei.

2) Hermann, Noch ein Wort über Mithio, 1890, S. 8 ff.

3) Identifizirt bei v. Amira, Grundriß, S. 100.

4) Vergl. Brunner, Mithio und Sperantes in der Festgabe für Beseler, 1885, S. 1—29, Rechtsgeschichte, Bd. 2 S. 276. Hermann, a. a. O. Der Widerspruch der verschiedenen Bedeutungen dürfte sich bei dieser Annahme, die Analogien für sich geltend machen kann (Beispiele bei Albrecht, Gewere, S. 12, 13; vergl. ferner die doppelte Bedeutung von potestas (Ed. Pist. v. 864, 25. Juni c. 18 in Capit. Reg. Franc. II, 1 edd. Boretius et Krause, 1890, Leg. Sect. II), m. E. befriedigend lösen.

5) Die Gesammtheit der thatsächlichen Beziehungen fassen spätere Quellen zusammen. Vhr. Ssp., II 40 § 2: Slet ers aber us, und en hofet noch en huset noch en ezet noch en trenket ers nicht.... Vhr. Swsp., 315 v. 6 ff. Rechtsbuch Ruprechts v. Freising (ed. Maurer, 1839) cap. 136 S. 157.

6) Das prägnanteste Beispiel ist die Beendigung der väterlichen Gewalt durch Entlassung der Kinder aus der Were.

Konsequenzen. Alles, was sich unter der Munt, der manus des Gewalthabers befindet, gilt rechtlich gleichsam als eine Verlängerung seiner Hand [1]); was durch einen der Munt Unterworfenen geschieht, geschieht durch den Gewalthaber selbst; was jenem geschieht, geschieht diesem selbst [2]).

Für alle Verletzungen eines seiner Gewalt unterworfenen Menschen, seien es Freie [3]) oder Knechte [4]), wie eines Thieres oder einer Sache, heischt er selbst Genugthuung; sein Recht, sein Mundium ist verletzt worden [5]).

Andererseits ist er aber auch verantwortlich für alle Rechtsverletzungen, die ihren Ursprung in seiner Herrschaftssphäre haben. Er haftet nicht nur für bloße Bereicherung, z. B. für die Herausgabe durch Sklaven gestohlener Gegenstände, sondern er haftet mit seinem eigenen Vermögen [6]).

Auch ist er nicht etwa bloßer Prozeßvertreter, der namentlich prozeßunfähige Thäter [Unmündige, Frauen [7]), Sklaven,

---

1) Gaupp, Das alte Gesetz der Thüringer (1834), S. 410 zu tit. XVI sagt dies nur vom Sklaven; es gilt aber gleichmäßig auch für alles Andere.

2) Georg Meyer, Die Gerichtsbarkeit über Unfreie und Hintersassen nach ältestem Recht, in Ztschr. der Sav.-Stift., Bd. 3 (Germ. Abt.) S. 89. Leseur, Conséqu. du délit de l'escl. in Nouv. Rev. Hist., XII p. 577: La „domus" est un tout, qui a sa personnification dans son chef dans lequel elle s'absorbe. Leist, A.-A. J. C., Bd. 2 S. 143. Post, Grundriß der ethnol. JP., Bd. 1 (1894) S. 181, 182.

3) Für die Volksrechte Kraut, Vormundsch., Bd. 1 S. 329 ff., 362 ff. Vergl. Brunner, Bd. 1 S. 71; Schröder, S. 337, 347; v. Amira, Nordgerm. Obl.-R., Bd. 2 S. 427.

4) Vergl. Schmidt, Grundsätze über Schadenserf., S. 43; Brunner, Rechtsgesch., Bd. 1 S. 71, 237.

5) mundbryce, mundbyrd bei den Angelsachsen (Brunner, Bd. 2 S. 621). Vergl. die spätere Wendung ...das man sin nicht geschonit hat an sime gesinde und habe den vride an im gebrochen (Freiberger Stadtrecht 49, 6 a. a. O.).

6) Zum Begriff der Haftung v. Wyß, S. 3.

7) Vergl. das XVI. Landr. in v. Richthofen, Rechtsquellen, S. 66, 67 (Brokmerbrief § 96 S. 164). Im späteren Recht wird die Geschlechts-

Thiere [1])] vor Gericht vertreten hätte [2]), sondern er antwortet im eigenen Namen [3]), in eigener Sache [4]) auf die Klage [5]).

So verantwortet der Hausherr den freien Hausgenossen [6]), der Ehemann die Frau [7]), der Mundwalt den

vormundschaft — wie die Vormundschaft überhaupt — allerdings wesentlich Prozeßvormundschaft. Vergl. Sohm, Recht der Eheschließung, 1875, S. 52.

1) Dies traf bekanntlich für das spätere Mittelalter nicht zu. Wo ein Gewalthaber nicht da war, wurden auch Thiere in eigener Person verklagt, z. B. Mäuse, Ratten, Maulwürfe, Insekten (v. Amira, Thierstrafen, S. 564).

2) Diese Ansicht haben für die römische a° de pauperie vertreten Zimmern, Syst. der röm. Noxalkl., S. 41, 42, 79 ff., 82 ff., Gesterding, Rechtsverh. in Beziehung auf fremde Thiere, in Zeitschr. f. Civilr. und Proz., Bd. 4 S. 267, 269, 284, Pernice, Lehre v. d. Sachbeschäd., S. 221 ff., Bruns in Holtzendorff's Encykl., 2. Aufl., S. 394, Schmidt, Von der Deliktsfäh. der Sklaven, Sell, Aus dem Noxalr. d. Römer, S. 64 Anm. 1, v. Vangerow, Pand. III § 689 Anm. Ebenso trotz erheblicher Bedenken Hepp, Zurechnung, S. 100—104. Dagegen überzeugend Girard, Act. nox. in Nouv. Rev. Hist., XII p. 32 ff. Vergl. Schlesinger in der Zeitschr. f. Rechtsgesch., Bd. 8 S. 202 ff.

3) Daß in den Quellen oft die Veranlassung angegeben wird (so im R. R. servi etc. nomine — vergl. Girard a. a. O. — pro servo componat in den deutschen Volksrechten z. B. lex Fris. I 13, Grim. 3, lex Rib. 30, 1. 2) kann nicht dagegen beweisen.

4) Dies zeigt deutlich in Vergleichung mit dem VII. Landrecht (v. Richthofen, Rechtsquellen, S. 56 ff.) das XI. Landrecht (S. 60, 61): ief wa sterf fon herses howe iestha fon suines tonde, iestha fon ritheres horne, iestha fon hundes tuske, iesta fon hona etsile; thes meima vndriuchta tuelewasum anda withum, firra ni ach hi a nene riuchte to stondane. Ebenso ist auch der Eid in lex Thur. 52 gemeint. Anders v. Richthofen in Mon. Leges V p. 138 n. 19.

5) Damit erledigt sich die Aufstellung Hermann's, Noch ein Wort über Mithio, S. 6, 50; in lex Rib. 31, 1 ist eben von sachlicher Verantwortung die Rede. Vergl. indeß G. Meyer, Gerichtsbarkeit über Unfreie &c., in Zeitschr. der Sav.-Stift., Bd. 3 (Germ. Abt.) S. 103.

6) v. Amira, Bd. 1 S. 401—405, Brunner, Bd. 1 S. 71, Bd. 2 S. 280, Schröder, S. 156.

7) v. Amira, Bd. 1 S. 402, Brunner, Bd. 1 S. 70, v. Richthofen, Rechtsquellen (XII. Landrecht, S. 60, 61. Der Rüstringer Text

Mündel[1]), der Herr Knechte und Mägde[2]), wie seine Hausthiere[3]), der Besitzer seine Mobilien[4]).

Ebenso finden wir die Verantwortlichkeit für das Gesinde, wie für den gewaltunterworfenen Gefolgsmann[5]), später nach der Entwicklung der Vasallität für den Lehnsmann[6]).

Ueberall aber ist der Idee nach die Grundlage dieser Verantwortlichkeit ursprünglich ein thatsächliches, nicht ein rechtliches Verhältniß — die Thatsache der Gewaltausübung. Wo daher in jüngerer Zeit, nachdem das Gewaltverhältniß ein rechtlich anerkanntes geworden war, die Thatsache dem Rechte

---

liest hier allein von allen: ieftha enes monnes unafte wif deth. Die anderen Texte sowohl, wie auch die ff. Stellen sprechen vom ehelichen Weibe. So Emsiger Bußtaxen § 18 S. 226, Westergoer Bußtaxen § 69 S. 472).

1) v. Amira, Bd. 1 S. 401, Bd. 2 S. 428—433 (Der Vater büßt nach Frostuþingslog IV 36, auch wenn das Kind noch zu jung war, um Buße zu verschulden; er büßt also nicht für das Kind). v. Richthofen, Rechtsquellen (XII. Landrecht) S. 60, 61. Ssp. III 3. Vergl. das I. Urtheil bei Behrend, Stendaler Urtheilsb., S. 1. Kraut, Bd. 1 S. 329 ff.

2) Jastrow, Strafr. Stell. der Sklaven, S. 10, 13, 22, 28, 31, 38, 41, 43, 47, 51 ff. Leseur, Les conséq. du dél. de l'escl. (Nouv. Rev. Hist., XII p. 576—631 und 657—728). Brunner, Bd. 1 S. 71, Bd. 2 S. 277, 551, Schröder, S. 291.

3) v. Amira, Obligationenrecht, Bd. 1 S. 396—400, Bd. 2 S. 424 (vergl. jedoch die S. 421 ff. vertretene Auffassung), Brunner, Bd. 2 S. 555 ff., Schröder, S. 291.

4) Brunner, Bd. 2 S. 556 ff. Zur Sprache der deutschen Quellen vergl. Albrecht, Gewere, S. 10.

5) v. Amira, Bd. 2 S. 429.

6) Einen Fall von 1271 bei Bouthors, Cout. loc. du bailliage d'Amiens, Tome 1 p. 252, 253: Ein gewisser Balduin aus Selincourt hatte vom Seigneur de Selincourt die vicomté zu Lehen, womit die Pflicht, die Gefangenen des Schlosses zu Selincourt zu bewachen, verbunden war. Durch die Nachlässigkeit Balduins entkam einer von diesen; der schuldlose Seigneur mußte, um sich die seinem seigneur suzerain, von dem er die Gerichtshoheit hatte, zu zahlende Ersatzsumme zu beschaffen, einen Theil seiner eigenen Domänen verkaufen.

nicht mehr entspricht, wo also der Eigenthümer nicht auch Besitzer [1]) ist, da neigt das Recht in Erinnerung an den Ursprung jener Idee der Verantwortung noch vereinzelt dazu, die Haftung an die Thatsache des Besitzes zu knüpfen [2]).

Und hier, wie am Ausgangspunkt der Entwickelung, ist es die Thatsache der Zugehörigkeit zu einer Machtsphäre, die als solche schon die Verantwortlichkeit begründet. Die Idee einer selbständigen Schuld des Machthabers ist dem germanischen, wie dem altrömischen Rechte [3]) fremd.

Daher ist auch der Gedanke abzuweisen, als hafte der Machthaber für die zu verantwortende That aus der Idee der Begünstigung, wie es heute die herrschende Ansicht [4]) annimmt.

1) Daraus, daß gerade ein Gegensatz zwischen Faktum und Recht vorliegt, ergiebt sich, daß Besitz hier nicht Besitz im juristischen, sondern im faktischen Sinne ist. Jedoch bestehen einzelne Schwankungen in der Rechtsanschauung; so wird die Haftung des Eigenthümers zu Lasten des Detentors verneint, falls dieser widerrechtlich besitzt (lex Alamann. 88, 1. 2, Ed. Roth. 274. 275).

2) Ed. Rothari 327, Liutpr. 110, Eurich 279. Lex Rib. 72, 1. 4. Für das römische Recht fr. 17 § 3 D. de furt. (47, 2); fr. 11 D. de nox. act. (9, 4); fr. 27 § 3 D. ad leg. Aq. (9, 2). Freiberger Stadtrecht 49, 8 (bei Schott, Sammlungen, Bd. 3 S. 141 ff). Vergl. fr. 21 § 3 D. de nox act. (9, 4), Paulli sent. II 31 § 37. Auffällig ist, weshalb wegen des aquil. Delikts die Klage zwar gegen den, der einen flüchtigen Sklaven aufnimmt, aber nicht gegen den bonae fidei possessor gerichtet ist (fr. 29 § 3 D. ad leg. Aq.). Vergl. die Erklärung Girard's, Act. nox. in Nouv. Revue Hist. XI p. 429. 430, die aber nicht völlig befriedigt.

3) Anders vielleicht keltische Rechtsauffassung. Leges Wallicae II 15, 28 (Anc. Laws, p. 792).

4) Brunner, Absichtslose Missethat, S. 887, Rechtsgesch., Bd. 2 S. 556. v. Amira, Thierstrafen, S. 587, Obligationenrecht, Bd. 2 S. 424. Zitelmann im Rhein. Mus. f. Phil., N. F. Bd. 41 S. 129, 130 (Bruchstücke eines 2. Ges. von Gortyn). v. Wyß, Haftung für fremde culpa, S. 23 ff. Girard, Les act. nox. in Nouv. Rev. Hist. XII p. 47. (Gegen letzteren schon Kipp, Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 10 (Rom. Abt.) S. 402.)

Nicht neben einem rechtlich von ihm unterschiedenen Thäter, wie der Begünstiger [1]), sondern als Selbstthäter wird der Gewalthaber verantwortlich gemacht; daher auch dann, wenn er gar nichts von der That wissen kann, z. B. der Herr für die That des flüchtigen Sklaven, des von Anderen gebrauchten Werkzeugs. Und eben deshalb ist es ihm ursprünglich nicht möglich, sich durch Auslieferung des Schuldigen zu befreien — was undenkbar wäre, wenn hier seine Haftung aus der Begünstigung entspränge.

Besonders deutlich zeigt sich das in zwei Bestimmungen des friesischen Rechts. Während der Brokmerbrief den Hausherrn für seinen Hausgenossen verantwortlich macht, ohne daß er sich der Haftung zu entziehen vermöchte, kann nach derselben Quelle derjenige, der einen Verurtheilten bei sich aufnimmt, der Strafe der Begünstigung durch dessen Preisgabe entgehen [2]). Hier hätte, falls die Haftung in beiden Fällen demselben Rechtsgrunde entspränge, dies auch die Gleichheit ihrer rechtlichen Behandlung bewirken müssen [3]).

Wenn indessen auch der Gedanke der Begünstigung nicht ursprünglich die Verantwortlichkeit des Gewalthabers begründet hat, so beweisen doch gerade die eben erwähnten Bestimmungen durch den Parallelismus ihres Aufbaues, daß das jüngere Recht die Aehnlichkeit ihrer Thatbestände empfunden hat. Und

---

1) Brunner, Bd. 2 S. 575 ff.

2) v. Richthofen, Rqu., S. 169: Brokmerbrief § 129. Hwasa thene vthemeda husath iestha howath, iestha oppa sinne werf set, sa skel hi thes wachtia, hwetsa hi deth. § 130. Hwasa thene vr thingada mon oppa sinne werf set, husath iestha howath, alder ma hine vmbe on sprech, thes wachtie hi, hi ne vrdriewene.

3) Auch scheint es in der That, als sei wenigstens in den fränkischen Volksrechten die Begünstigung als eigenes Delikt milder bestraft worden, als die That selbst (Brunner, Bd. 2 S. 576 Note 11).

daß eine derartige Anschauung im weiteren Verlauf der Rechtsentwicklung auch auf die Ausbildung einzelner Bestimmungen [1]) bezüglich jener Verantwortlichkeit eingewirkt hat, ist kaum zu bezweifeln [2]). Zu einem Rückschlusse auf die Entstehung des Prinzipes selbst kann jedoch dieses nur untergeordnete Moment nicht berechtigen. —

Wie bereits erwähnt, hat die Differenzirung des Gewaltbegriffes auf seine äußere Rechtsfolge, die Verantwortlichkeit des Gewalthabers, einen Einfluß an sich nicht ausgeübt.

Erst eine verhältnißmäßig späte Entwicklung hat in dem Begriffe der personenrechtlichen Herrschaft, des Mundium, das Element des Schutzes stärker betont, um es zuletzt zu dem weitaus vorragenden zu gestalten.

Die sachenrechtliche Herrschaft hat sich dagegen mehr im Sinne des originalen Begriffes entwickelt.

Zwar tritt hier die Vorstellung des Schutzes allmählich hinter diejenige der Machtbethätigung zurück, obwohl die Quellen des späteren Mittelalters sich auch der ersteren noch bewußt geblieben [3]) sind; allein für die Auffassung von der Verantwortlichkeit des Besitzers verschlägt dies nichts; knüpft sie sich doch gerade an die Vorstellung der Gewaltausübung.

---

1) Hier ist vor allem zu denken an die Eigenthümlichkeit der Quellen des 13. und 14. Jahrh., wonach der Besitzer eines schadenstiftenden Thieres nur in dem Moment, in welchem er von der That erfährt, die Wahl hat, ob er sich von dem Thiere lossagen will oder nicht, während spätere Dereliktion ihm nicht mehr hilft. Citate bei Stobbe, Privatrecht, Bd. 3 S. 405 Note 15.

2) Vergl. Wilda, Strafrecht der Germ., S. 590.

3) Vergl. die bei Albrecht, Gewere, S. 10 Note 62 a cit. Stellen, ferner S. 29. Ferner Freiberger Stadtr. (Schott, Samml., Bd. 3 S. 141 ff.) 49, 25: „Welch man ein pfert ritet in eines mannes hus. Derselbe der iz dar in brenget der mug iz ouch vorsten vnde mus dauor antwerten, ab man iz im darinne versprichet.“ Görlitzer Stadtb. von 1304 (Gaupp, Altes Magdeb. R., S. 269—324), Art. 128.

Als Objekte der sachenrechtlichen Herrschaft ergeben sich: Sklaven, Thiere und Mobilien [1]). Die ersteren beiden unterscheiden sich von den letzteren durch ihre Fähigkeit willkürlicher Ortsveränderung. Unter ihnen selbst aber unterscheidet das Recht nicht. Der Grundzug des germanischen Rechts ist die gleichmäßige Behandlung von Sklaven und Hausthieren [2]); meist werden die Sklaven ausdrücklich zu letzteren gerechnet [3]). Und auch im Laufe der Entwicklung, als, wohl hauptsächlich infolge kirchlicher Einflüsse, vereinzelt eine Anerkennung ihrer Persönlichkeit durchdrang [4]), zeigte die Haftung für den Schaden durch Sklaven und Thiere einen „auffälligen Parallelismus der Entwicklung" [5]).

Daher kann man in der Regel, wo eine ältere Quelle nur Sätze bezüglich der Sklaven aufstellt, ohne Bedenken die Thiere stillschweigend subsumiren, und umgekehrt. Was für die einen gesagt ist, gilt auch für die anderen.

1) Bei Immobilien ist die Anschauung des deutschen Rechts eine andere. Sie hat man nicht in seiner Gewere, sondern man befindet sich in ihrer Gewere. Heusler, Institutionen, Bd. 1 S. 332 ff.

2) Darüber, daß der thatsächliche Abstand zwischen Freien und Knechten nicht so schroff war, wie der rechtliche, vergl. Brunner, Bd. 1 S. 97.

3) Grimm, R.A., S. 342 ff.; Wilda, Strafrecht der Germ., S. 652; Brunner, Rechtsgesch., Bd. 1 S. 96; v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts, S. 88, 123; Jastrow, Strafrechtl. Stellung der Sklaven, S. 13, 27, 32; Georg Meyer, a. a. O. S. 90; Schmidt, Grunds. über Schadenersf., S. 48.

4) Näheres bei Jastrow, Strafrechtl. Stellung der Sklaven 2c.

5) Brunner, Absichtslose Missethat, S. 830, 831.

Die Verantwortlichkeit des Eigenthümers in ihrer Entwicklung.

I. Das deutsche Recht[1]).

1) Der Ausgangspunkt für die Entwicklung der Verantwortlichkeit des Eigenthümers für sein Eigenthum, insbesondere für seine Thiere — mit denen vorzugsweise sich die folgende Untersuchung beschäftigen soll — ist bereits dargelegt worden. Das Thier verschwindet rechtlich vollständig hinter der Person seines Herrn[2]), Thieresthat ist Herrenthat. In der Volksanschauung hat sich diese Auffassung jedenfalls länger erhalten, als im Rechte[3]). Aber auch hier finden wir noch späte Spuren[4]).

---

1) Unter deutschem Recht begreifen die folgenden Ausführungen alles das, was, auf germanischem Boden entstanden, im Geiste des germanischen Rechts und ohne irgendwelchen oder doch ohne erheblichen Einfluß des römischen Rechtes sich entwickelt hat. Daher sind auch die französischen Coutumes, soweit auf sie diese Forderung zutraf, in den Kreis der Untersuchung gezogen worden.

2) Wilda, Pfändungsrecht, in Zeitschr. f. deutsch. Recht, Bd. 1 S. 229, 230; Brunner, Absichtslose Missethat, S. 830, 831, 834, Rechtsgesch., Bd. 2 S. 551; Georg Meyer in Zeitschr. der Sav.-Stift., Bd. 2 (Germ. Abth.) S. 90. Vergl. Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 1894, S. 341 gegen S. 81; Leseur, Conséq. etc., p. 580.

3) Die Verwerthung des Kapitulars Karlomanns von 884 c. 4 durch Leseur, Conséquences du délit de l'esclave etc. in N.R.H. XII p. 720 in dem Sinne, daß am Ende des 9. Jahrh. der Herr für den Sklaven auch Prügel empfangen habe, beruht auf falscher Interpungirung. Vergl. Boretius und Krause, Bd. 2 S. 373.

4) Görlitzer Stadtbuch von 1304 (bei Gaupp, Altes Magd. Recht, S. 269—324), Art. 128: Tvt eines mannes phert. oder hvnt. oder behr. oder sin vie schaden. oder ein vngerichte. swer sich darzu zvhet. der mvz davor antworten. bekennet abir ein man. vor gerichte. daz das vie sin sie. daz den schaden hat getan. vnde ist die wunde kamphwerdic. her mus davor antworten. glicher wis also ob hez selber getan hette.

Indessen muß es schon sofort eine Ausnahme gegeben haben. In dem Falle, wo das alte Recht auch dem, der keiner fremden Gewalt unterworfen war, die Möglichkeit der Verantwortung versagte, kann es die That des Gewaltunterworfenen nicht anders, nicht besser behandelt haben, indem es hier eine Verantwortung zugelassen oder gar gefordert hätte. Dieser Fall ist der der handhaften That.

Daß diese Kategorie auch auf Thiere und Sachen angewendet wurde, kann nach der oben dargelegten Anschauungsweise des älteren Rechts nicht verwundern. Allerdings das Wort selbst finden wir, wie es nicht anders sein kann [1]), erst in späteren Quellen. So spricht der Sachsenspiegel von dem Fall, wo eines Mannes Pferde oder Ochsen und Wagen in der handhaften That bestätigt werden [2]), die französischen Coutumes davon, daß Thiere en présent meffait [3]) ergriffen werden, und sogar noch Pothier [4]) ist die Vorstellung von bestiaux pris en flagrant délit geläufig.

Wie der Verletzte das Recht hatte, einen Freien, den er auf handhafter That ergriff, auf der Stelle bußlos zu tödten [5]),

1) Brunner, Rechtsgesch., Bd. 2 S. 481.

2) Landr. Ssp. II 40 § 4.

3) Grand Coutumier de Normendie Ch. 7 (B. de R. IV p. 5). Cout. génér. du Maine (B. de R. IV p. 465 ss.) a. 12. Beaumanoir Cap. 52 a. 2 (T. II p. 286).

4) Oeuvres complètes, Tome 15, Cout. d'Orléans (Paris 1844) Note 1 zu Art. 156, p. 367, 368.

5) Brunner, Rechtsgeschichte, Bd. 1 S. 159, 169, Bd. 2 S. 481 ff.; Schröder, Rechtsgesch., S. 76, 87; v. Amira, Grundriß, S. 147.

so nahm er seine Rache auch, wenn der Thäter ein Sklave [1]) oder ein Thier [2]) war.

Das Rachebedürfniß gegen schadende Thiere, die dabei betroffen wurden, muß sogar viel zäher in der Volksseele gewurzelt haben, als im analogen Fall gegen Menschen. Denn während hier schon früh das Tödtungsrecht mit Erfolg durch den Gesetzgeber eingeschränkt wurde und nur für einzelne schwere Verbrechen in Kraft blieb [3]), gewinnt man bezüglich des Tödtungsrechts bei schadenden Thieren den Eindruck eines fortdauernden Kampfes [4]) zwischen Gesetzgebung und Volksanschauung.

Das Verbot der Tödtung muß, weil erfolglos, immer wieder von neuem ausgesprochen werden [5]); betreffs ein-

---

1) Ed. Roth. 211, 212. (Bei 212 ist die handhafte That ausdrücklich konstatirt; ein Zweifel könnte bestehen bei 211: Si liber aut servus uxorem alterius tulerit eamque sibi in coniugium sociaverit, ambo occidantur, si tamen ambo consenserint. Indessen hier handelt es sich um ein Dauerdelikt, so daß also stets der Fall der handhaften That gegeben ist. Die Konsequenzen, die Leseur, S. 591, 592 an diese Stellen knüpft, sind daher verfehlt. Ebensowenig sind mit ihnen, wie Leseur es thut, Roth. 193 (ein freies Mädchen folgt einem flüchtigen Sklaven aus Liebe nach) und Roth. 221 (ein Sklave heirathet eine Freie) zusammenzustellen. Das hier verletzte Interesse ist überwiegend nationaler Natur). Lex Baiuw. VIII 2; Chlot. II. ed. c. 22 (Boretius, I p. 23). Einige Hss. der lex Sal. lesen in c. 40, 5. 6: comprehenditur, andere inculpatur und Aehnl. Daß es sich hier nicht um einen Fall der handhaften That handelt, beweist der ganze Inhalt der Stelle. Waitz, Das alte Recht der sal. Franken, S. 246, 247 sieht daher wohl mit Recht die Lesart inculpatur als die ursprüngliche an.

2) Brunner, Bd. 2 S. 531 ff.

3) Brunner, Bd. 2 S. 483; Schröder, Rechtsgesch., S. 332.

4) So beklagt sich der burgundische König Segismundus darüber, daß seines Vaters Gundobad Bestimmung darüber omnium abutione praetermissum sei (Lex Burg. 89, 1).

5) Für das langob. Recht: Ed. Roth. 343, Liutpr. 86; für das burgundische: lex Burg. 64, 1. 89. Vergl. lex Sal. IX 1, lex Wisig. VIII 3 § 15, lex Baiuw. XIV 17. Cout. de la Bourt (B. de R. IV 967 ff.)

zelner Thiergattungen hat sich das Tödtungsrecht aufrecht zu erhalten vermocht [1]), nicht ohne das Bemühen

III 32, 33. Cout. de Sole (B. de R. IV 979 ff.) XV 6. Rietberger Landrecht 38 (Grimm, W., Bd. 3 S. 106), W. zu Magdenau 8 (Grimm, W., Bd. 5 S. 189), Taiding zu Golling 30 (Oester. W., Bd. 1 S. 149), W. zu Niedervintl (Oester. W., Bd. 5 S. 450), Stat. von Schwanberg (Oester. W., Bd. 6 S. 383). (Vergl. Oester. W., Bd. 3 S. 284, Bd. 7 S. 381, 433.) Das W. zu Kuens (Oester. W., Bd. 5 S. 63, 18) verbietet: „es soll auch kainer solliches vich, so zu schaden get, kainen zorn daran begeen und das nüt gröblichen mifshandlen". Banntaiding über Ober-Stockstall (Oester. W., Bd. 8 S. 642): „ob ainer dafs viech in dem schaden begriff, der soll sich an dem viech nicht rechen . . ." Ebenso Oester. W., Bd. 8 S. 30, 479, 1000, 1005. Vergl. Banntaiding zu Stralleck (Oester. W., Bd. 6 S. 154), Beaumanoir c. 52, 6 (II p. 288), Blume v. Magdeburg II 2, 205 (ed. Böhlau, S. 138). So schließlich noch der Code des dèlits et des peines, a. 453 Abs. 2 und das Oesterr. B.G.B. § 1321. Eine Ausnahme: Oester. W, Bd. 5 S. 38.

1) So gegen Schweine: Ed. Roth. 349, Liutpr. 151, lex Burg. 23, 4. Cout. de St. Sever (B. de R. IV 927 ff.) Tit. III a. 11. C. de Bragerac (B. de R. IV 1005 ff.) a. 101. C. d'Acs (B. de R. IV 918 ff.) XI 14. Oester. W., Bd. 7 S. 187, 538; gegen Schweine und Gänse: Ldr. Ssp. II 40 § 5 — gegen Ziegen, Schafe und Schweine: lex Burg. 89, 2, Fors de Béarn (B. de R. IV 1071 ff.) R. de herb. et carnaus a. 4 — gegen Ziegen: Pantaiding zu Wartenstein (Grimm, W., Bd. 3 S. 714), zu Grimmenstein (Bd. 3 S. 719), W. zu Klausen (Oest. W., Bd. 5 S. 352) — gegen Ziegen und Gänse: Willk. der Stadt Rügenwalde (Schott, Sammlungen, Bd. 2 S. 71 ff.) Art. 35; — gegen Hunde: Oester. W., Bd. 5 S. 114, 14. — Hunde, Bullen, zahme Bären, ungeringelte Schweine im isländ. Recht (v. Amira, Obligationenrecht, Bd. 2 S. 425) — gegen Gänse: Landfeste von Hattnegge 49 (Grimm, W., Bd. 3 S. 46), U. zu Behlen (Grimm, W., Bd. 3 S. 318), Ehehaftrecht zu Wilzhut n. 13 (Grimm, W., Bd. 3 S. 683), Cout. d'Auvergne (B. de R. IV 1160 ff.) XXVIII 24, Cout. de Bourges (B. de R. III 905 ff) a. 5, Cout. de Blois (B. de R. III 1047 ff.) a. 222. Banntaiding zu Wolfpassing (Oester. W., Bd. 8 S. 21), zu Stockerau (Oester. W., Bd. 8 S. 449). (Vergl. Graf und Dietherr, Rechtssprichwörter, S. 116 Nr. 303, 304.) Gänse und Hühner: Cout. de Lodunois (B. de R. IV 711 ff.) XIX 5. — Hühner: der 7 freien Hagen Recht n. 14 (Grimm, W., Bd. 3 S. 309), Urt. z. Sandwell 2 (Grimm, W., Bd. 3 S. 138), Ehehaftrecht zu Wilzhut (Grimm, W., Bd. 3 S. 683), Landfeste v. Hattnegge 48 (Grimm, W., Bd. 3 S. 46), Oester. W., Bd. 5 S. 125, 22 — gegen Geflügel

der Gesetzgebung, selbst hier noch beschränkend einzugreifen [1]).

Daß im Falle der handhaften That neben der Bestrafung des Thäters noch eine Verantwortlichkeit des Herrn bestanden hätte, ist schon a priori nicht anzunehmen; die Verletzung hatte ja ihre Sühne bereits gefunden.

Das sehen wir denn auch in den Quellen bestätigt [2]).

---

allgemein: Cout. d'Orléans (B. de R. III 735 ff.) a. 154, Cout. de Lorris (B. de R. III 829 ff.) a. 18; ebenso noch das Décret concern. les biens et usages ruraux et la police rurale du 28. sept.—6. oct. 1791, Tit. II a. 12. 13 (Bormann und v. Daniels, II p. 168), übergegangen in die loi du 4. avril 1889 sur le code rural (titre VI) des animaux employés à l'exploitation des propriétés rurales (Annuaire de législation française, Année IX, 1890, p. 101—106) art. 4.

1) Ed. Roth. 349, Liutpr. 151, lex Burg. 23, 4. 89, 2. 3, lex Baiuw. XIV 17: Ut nemo praesumat alienum animal occidere neque porcum. — Cout. d'Auvergne (B. de R. IV 1160 ff.) XXVIII 24, C. d'Acs (B. de R. IV 913 ff.) XI 14, C. de Bourges (B. de R. III 905 ff.) a. 5. Deutlich geht das noch aus dem procès-verbal v. 1523 betr. die Redaktion der C. von Blois (B. de R. III 1100 ff.) hervor. Der Art. 222 der Cout. lautete ursprünglich: Qui trouvera les oyes, poulailles et autre volatile d'autruy en son heritage luy faisant dommage, luy sera loysible et permis icelles tuer, pourveu qu' il les laisse mortes sur le champ . . Dies Recht wurde von den Redaktoren als trop rigoureux beanstandet und dahin beschränkt, daß nur Gänse, und auch von diesen nur eine oder zwei getödtet werden dürften.

2) Die einzige dem anscheinend entgegenstehende Stelle ist, soweit ich sehen kann, lex Baiuw. VIII 2. VIII 1 behandelt den Fall, daß ein Freier im Ehebruch mit der Frau eines Anderen ertappt wird, und entscheidet, daß er dem Ehemann das Wergeld der Frau zahlen muß. Erschlägt ihn dieser, pro ipsam compositionem, quod debuit solvere marito eius, in suo scelere iaceat sine vindicta. Auffallend ist an diesem Satz: der im Ehebruch Betroffene darf von dem beleidigten Ehegatten bußlos erschlagen werden — ein Satz, der Gemeingut nicht nur des germanischen, sondern des arischen Rechts ist — nur die ihm von den Verfassern der lex Baiuw. gegebene Form. Hiernach hätte der Ehebrecher dem Ehemann das Wergeld der Frau, der Ehemann der Sippe des von ihm Erschlagenen dessen Wergeld zu zahlen gehabt, und beides wäre gegen einander aufgerechnet worden.

soweit nicht die fortschreitende Entwicklung die scharfen Züge des Bildes verwischt hat.

Daß daher eine und dieselbe Quelle oft eine Verschiedenheit der Haftung zeigt, diese Erscheinung ist auch von Anderen schon bemerkt worden. Allein man hat daraus andere Folgerungen ziehen zu müssen geglaubt.

Man hat angenommen, daß diejenigen Quellenstellen, welche das Thier selbst für seine That büßen lassen, das ältere Recht darstellten, und daß erst spätere Rechtsentwicklung den Grundsatz der reinen „Sachhaftung"[1]) aufgegeben und eine persönliche Haftung des Herrn eingeführt habe.

So sehr dies der eben berührten Rechtsanschauung widersprochen hätte, wonach ja die Tödtung des Ehebrechers bußlos ist, so falsch wäre übrigens auch die Rechnung. Denn das Wergeld der Frau betrug nach bairischem Rechte (lex Baiuw. IV 29) das Doppelte von dem des Mannes; so daß nach dieser Rechnungsweise die Sippe dem Ehemann noch das einfache Wergeld hätte herauszahlen müssen. Indeß ist die Redewendung des bairischen Volksrechts m. E. auch gar nicht wörtlich zu nehmen (falsch daher Leseur, Nouv. Rev. Hist., XII 625), sondern bildlich; wie etwa die lex Ribuaria 34, 4 sagt: de vita componatur, man zahlt mit dem Leben. Anders steht es jedoch mit lex Baiuw. VIII 2: Si servus hoc fecerit, et interfectus cum libera in extranea fuerit thoro, 20 solidos in suo damno minuetur ipsius coniugis weragelti; cetera vero quae remanent, dominus eius cogatur solvere, usque dum repletus fuerit numerus sceleris compositionis. Et si ille servus evaderit et interfectus non fuerit, sed tamen crimine devictus: dominus vero eius reddat eum illi, cuius uxorem maculavit, pro 20 solidos; cetera vero per omnia impleat, pro quo servo suo disciplinam minime imposuit. Will man nun nicht annehmen, daß hier eine die Ausdrucksweise des § 1 zu Unrecht wörtlich nehmende Analogie die Ursache dieser auffallenden Haftbarmachung des Herrn ist, so zwingt jedenfalls der Schlußsatz dazu, sie als Rechtsfolge für eigene culpa des Herrn zu denken. Damit würde übereinstimmen, daß bei dem ganz ähnlichen Falle in VIII 9 an eine Verantwortlichkeit des Herrn neben der Rache am Sklaven nicht gedacht ist.

1) Es genügt hier, als den hervorragendsten neueren Vertreter der Theorie der Sachhaftung v. Amira zu nennen. Thierstrafen, S. 587 ff., Obligationenrecht, Bd. 2 S. 415 ff., Grundriß, S. 133. Vergl. auch v. Meibom, Pfandrecht, S. 198 ff. Dagegen namentlich Brunner, Rechtsgeschichte, Bd 2 S. 551 ff., Schröder, Rechtsgeschichte, S. 341 (anders S. 81).

Indessen ergiebt eine nähere Prüfung, daß die ersteren Stellen Fälle handhafter That besprechen und ebenso die letzteren zwar allerdings nicht den ältesten Rechtszustand darstellen, daß aber die Entwicklung, deren Ausdruck sie sind, wie gleich auszuführen sein wird, derjenigen, welche von der Theorie der Sachhaftung angenommen wird, gerade entgegengesetzt verlaufen ist.

Zudem erscheint, wenn es an sich auch durchaus möglich ist, daß in demselben Rechtsdenkmal eine ältere und eine jüngere Schicht von Rechtssätzen über einander liegen, diese Annahme — welche z. B. im westnordischen Recht das Vorkommen des Prinzips der Sachhaftung neben dem entgegengesetzten erklären soll [1]) — dann jedenfalls als sehr unwahrscheinlich, wenn jene Erscheinung in zwei einander fast unmittelbar folgenden Stellen vorkommen soll [2]).

Tritt man an die Stellen heran, welche angeblich das Prinzip der reinen Sachhaftung enthalten, so erscheint schon die Fassung, welche sie diesem Prinzip gegeben hätten, als schlecht mit jener Theorie vereinbar. Denn wenn das westnordische Recht sagt, „das Thier könne nicht mehr verwirken als sich selbst" [3]), so läßt die Form bereits erkennen, daß hier eine Einschränkung gegenüber einem älteren Rechts-

1) v. Amira, Obligationenrecht, Bd. 2 S. 415 ff.

2) So hat Frostuþingslog 40 das Prinzip der absoluten Herrenhaftung, während ebenda 44 das Prinzip der Sachhaftung sich finden soll (v. Amira, a. a. O.).

3) v. Amira, Bd. 2 S. 422; derselbe Satz im gotländ. Recht (v. Amira, Bd. 1 S. 395). Analog die Reflexion im röm. Recht: non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit (fr. 61 § 5 D. de furtis 47, 2). Vergl. fr. 7 § 1 D. de damno inf. (39, 2). Ebenso Gai. IV 75: iniquum, nequitiam eorum (der Haussöhne) ultra ipsorum corpora parentibus dominisue damnosam esse (= § 2 J. de nox. act. 4, 8).

zustande vorliegt, nach welchem das Thier allerdings mehr hätte verwirken können.

Die Betrachtung der Thatbestände der einzelnen hierher gehörigen Stellen bestätigt das oben Gesagte. Die Bestimmungen des gotländischen Rechts, in welchen eine Sachhaftung ausgesprochen ist, handeln von dem Fall, daß Thiere bei der Beschädigung von fremdem Kulturland betroffen werden, und davon, daß der Eigenthümer den fremden Hund, der seine Knechte oder sein Vieh beißt, sofort erschlagen darf[1]).

Von den Bestimmungen des westnordischen Rechts, die unzweideutig reine Sachhaftung statuiren, ist zu nennen Frostupingslog 44: für Gebrauchsanmaßung seitens eines Unfreien braucht der Herr, wenn jener auf der That ertappt wird, keine Buße zu zahlen, der Knecht darf vielmehr geprügelt werden[2]); ferner findet sich auch im altnorwegischen Recht die Befugniß des geschädigten Grundeigenthümers, sich an das auf dem Schaden betroffene Vieh zu halten[3]).

Ueberall also, wo wir hier die reine Sachhaftung finden, sind es Fälle handhafter That; und hier befindet sie sich, wie ausgeführt, im Einklang mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen. —

Auch im Einzelnen zeigt das Verfahren um handhafte That gegen Thiere Aehnlichkeit mit dem gegen Freie. Wie hier die Tödtung als erlaubte offenkundig gemacht werden muß[4]), so wird Aehnliches auch für die Tödtung von Thieren auf handhafter That erfordert[5]).

1) v. Amira, Bd. 1 S. 398 ff.
2) v. Amira, Bd. 2 S. 417.
3) v. Amira, Bd. 2 S. 425. Ebenso isländisches R. ebenda S. 426.
4) Brunner, Bd. 2 S. 484.
5) Brunner, Bd. 2 S. 582.

So bestimmt die Landfeste von Hattnegge[1], n. 49: goëse .... dar sie gehen uf eines anderen mans korne, die mag er schlagen up dem lande, und machen eine galge auf das land und hangen sie an den hals, dar en soll kein gericht uber gehen.

Der sieben freien Hagen Recht fordert, daß ein über angerichtetem Schaden erschlagenes Huhn seinem Eigenthümer über den Zaun geworfen werde „und so viel kräuter dabey, wie es einem edelmann kan zu tische getragen werden"[2].

Deutsche Weisthümer verlangen zuweilen sogar — ebenfalls analog dem sonstigen Verfahren um handhafte That[3] — eine Art ritueller Hinrichtung. So soll Gänsen der Schnabel durch den Zaun gestoßen, und sie dann mit dem Leib hinüber geworfen werden, so daß sie so hängen bleiben[4], oder sie sollen bei den Füßen aufgehangen werden, daß das Haupt möge an der Erden hangen[5], oder man soll ihnen den Kopf zwischen einen gespaltenen Stock, und den Stock in die Erde stecken[6].

---

1) Grimm, Weisth., Bd. 3 S. 46. Aehnlich Urtheil zu Behlen (Grimm, Bd. 3 S. 318). Vergl. W. zu Schontra (Grimm, Bd. 3 S. 889).

2) Grimm, Bd. 3 S. 309.

3) Brunner, Bd. 2 S. 483.

4) Oefnung von Oberwinterthur (Grimm, Bd. 1 S. 127), von Kilchberg (Grimm, Bd. 1 S. 205), von Ueßlingen 18 (Grimm, Bd. 5 S. 117), der 7 freien Hagen Recht (Grimm, Bd. 3 S. 308). Banntaiding zu Wülfleinsdorf (Oest. W., Bd. 7 S. 450), Taiding zu Heiligenkreuz (Oest. W., Bd. 7 S. 469), Banntaiding zu Baumgarten (Oest. W., Bd. 8 S. 41), zu Erdpreß (Oest. W., Bd. 8 S. 93), zu Rappersdorf (Oest. W., Bd. 8 S. 204), zu Allentsteig (Oest. W., Bd. 8 S. 273), zu Zwettel (Oest. W., Bd. 8 S. 336). Dasselbe im alten wälischen Recht (Anc. Laws, p. 307, 41. 6).

5) Westerwold. Landr. (Grimm, R.A., S. 595).

6) Benker Heidenrecht (Grimm, W., Bd. 3 S. 42).

Enten soll man „uphangen ann einen kloveden Stock und speren oer den beck up“ [1]), Geißen schlägt man die Zähne aus und hängt sie an den Füßen auf [2]) oder legt sie auf den Rücken und stößt ihnen die Hörner in die Erde [3]) [4]).

Ueberall aber darf der Tödtende keinen Gebrauch von dem Fleische des Thieres machen, „sunsten erwürde ein diebstall daraus“ [5]).

Die vollständige Gleichheit in der Behandlung des Verfahrens um handhafte That gegen Menschen, wie gegen Thiere, tritt deutlich auch im weiteren Verlauf der Rechtsentwicklung hervor, zumal hier die Quellen reichlicher fließen; zeigen doch die südgermanischen Rechte im Verhältniß zu den nordgermanischen bereits eine fortgeschrittenere Rechtsbildung [6]).

Schon die fränkische Zeit kennt das Tödtungsrecht bei handhafter That nicht mehr als Regel [7]); der ertappte Verbrecher wird festgehalten und gebunden, um vor den Richter

---

1) Westerwold. Landr. (Grimm, R.A., S. 595).

2) Pantaiding zu Wartenstein (Grimm, Bd. 3 S. 714 = Oest. W., Bd. 7 S. 314), zu Grimmenstein (Grimm, Bd. 3 S. 719 = Oest. W., Bd. 7 S. 54). Vergl. W. zu Algund (Oest. W., Bd. 5 S. 50, 28, Bd. 7 S. 41, 47, 324, 506, 507).

3) Oefnung von Kilchberg (Grimm, Bd. 1 S. 206).

4) Vergl. die Bestimmung des R. von Wales, wonach Hähnen und Hühnern die Krallen abgeschnitten werden. Anc. Laws, p. 807. 41, 4—835. 36, 3. 4.

5) Ehehaftrecht zu Wilzhut n. 18 (Grimm, W., Bd. 3 S. 683) Cout. d'Acs (B. de R. IV 918 ff.) XI 48, C. d'Auvergne (B. de R. IV 1160 ff.) XXVIII 24. Aehnlich noch das Décret concern. la police rurale du 28. sept.—6. oct. 1791, tit. II a. 13 (Bormann u. v. Daniels Bd. 2 S. 168).

6) v. Amira, Grundriß, S. 2. Daß in den Weisthümern dagegen materiell uraltes Recht — älteres oft, als in den der Niederschrift nach älteren Volksrechten — niedergelegt ist, vergl. Grimm, R.A, S. 520, Mone in Zeitschr. f. Gesch. des Oberrh., Bd. 1 S. 8, Brunner, Absichtslose Missethat, S. 817.

7) Brunner, Bd. 2 S. 483; Schröder, S. 331 ff.

gestellt zu werden. Bis zur Fällung des Urtheils wird er ins Gefängniß geworfen [1]). Das Verfahren wird damit zum Rechtsgang; der Verbrecher darf sich verantworten [2]), auch eine Lösung des Lebens ist nicht mehr ausgeschlossen [3]).

Den gleichen Weg schlägt auch die Entwicklung des Verfahrens gegen missethätige Thiere ein, die auf handhafter That betroffen werden [4]). Auch hier ist schon früh das Tödtungsrecht in seiner Allgemeinheit ausgeschlossen worden [5]). Statt dessen dürfen die Thiere festgehalten werden [6]); das Gefängniß, in das man den Freien wirft, findet hier seine Analogie. Das Vieh wird in einen Pferch [7]), lat. parcus, parricus [8]), franz. parc [9]),

1) Brunner, Bd. 2 S. 484 ff.

2) Schröder, S. 352. Vergl. Chlotarii II. edictum (a. 614) c. 22 (Boretius, Bd. 1 S. 23), Ansegisi Cap. App. sec. c. 34 (Boretius, Bd. 1 S. 449).

3) Brunner, Bd. 2 S. 487.

4) So im Prinzip schon Wilda, Das Pfändungsrecht, in der Zeitschr. f. deutsches Recht, Bd. 1 S. 231. Anders v. Meibom, Deutsches Pfandrecht, S. 198 ff., der die Thierpfändung als Anwendungsfall des Prinzips der Sachhaftung auffaßt. Gegenüber den Quellen ist aber wohl kaum zu bestreiten, daß die Ergreifung des Viehs erst später civilistische Zwecke erhalten hat.

5) Vergl. oben S. 247 Note 5; Brunner, Bd. 2 S. 532.

6) Brunner, Bd. 2 S. 531 und die hier Citirten.

7) Auf Island sveltikví (Hungerpferch), v. Amira, O.-R., Bd. 2 S. 527.

8) Lex Rib. 82.

9) Très-ancienne C. de Bretaigne (B. de R. IV 199 ff.), Cb. 286, 287. Aehnlich der „Pfandstall" in österr. Weisthümern (Oest. W., Bd. 1 S. 112, 15. 118, 46. 47. 49. 119, 51. 149, 30. 331., Bd. 2 S. 69, 167, Bd. 3 S. 265, 284, 348, Bd. 4 S. 226, 299, Bd. 5 S. 115, 138, 144, 533, Bd. 7 S. 393, 495, Bd. 8 S. 61), „Pfandhof" (Oest. W., Bd. 2 S. 61, 63, 65, 118, 125, Bd. 3 S. 360), „Pfandladen" (Oest. W., Bd. 5 S. 462), „Spital" (Oest. W., Bd. 8 S. 175, 449). Der code rural, s. 12 (Bormann u. v. Daniels, Bd. 2 S. 167, 168) setzt voraus, daß in jeder Gemeinde ein dépôt von Gemeinde wegen bestimmt wird, worin das Vieh verwahrt wird; ebenso das franz. Ges. von 4. IV. 1889

gesperrt, um dort bis zur Erledigung des Verfahrens verwahrt zu werden [1]).

Ebenso beginnt jetzt eine Verantwortung des schadenden Thieres durch seinen Eigenthümer zugelassen zu werden. Diesem

---

Art. 1. Pr. Feld- und Forstpol.-Ges. v. 1. IV. 1880 § 80. Von Detiniren des Viehs en prison sprechen die C. de Lodunois (B. de R. IV 711 ff.) Ch. XIX a. 1, die C. de Poitou (B. de R. IV 743 ff.) a. 57. 63. Ebenso auch Beaumanoir, c. 52 a. 6 (II p. 288). Die Ordnung der Stadt Oberkirch (Zeitschr. f. Gesch. des Oberrh., Bd. 33 S. 389) bestimmt in §§ 3 u. 4, daß der „Banngart" (Bannwart), so er Vieh in jemands Gütern zu Schaden gehn finden würde, das in „ein offen würthshaus" treiben solle. Vergl. Oest. W., Bd. 4 S. 63, 81, 101, Bd. 5 S. 361, 656. Sonst wird in deutschen Weisthümern geschüttetes Vieh in den Stall des Ergreifers gesperrt (Grimm, W., Bd. 1 S. 164, 206, Bd. 3 S. 41, 13. 714, 719, Bd. 4 S. 201, 205, 284, 401, Bd. 5 S. 174, Oest. W., Bd. 2 S. 118, 125, 166, Bd. 5 S. 408, 446, 537, Bd. 6 S. 57, 109, Bd. 7 S. 256). Daher erscheint als synonym mit pfänden der Ausdruck „stallen": Oesterr. W., Bd. 5 S. 392, 457, 516, 543.

1) So noch z. B. der Grand Coutumier de Normandie (B. de R. IV 1 ff.), die C. de Bretagne von 1539 (B. de R. IV 291 ff.), die C. d'Acs (B. de R. IV 913 ff.). Später wird die Frist auf 24 Stunden beschränkt, nach deren Ablauf das Vieh vor den Richter zu bringen (mener à justice) ist. Vergl. Oest. W., Bd. 7 S. 13, C. de Normandie von 1583 (B. de R. IV 59) a. 36, C. de Bretagne von 1580 (B. de R. IV 360) a. 417, C. de Poitou (B. de R. IV 743) a. 63 (anders noch a. 57), C. de Bordeaux (B. de R. IV 889) Ch. XI a. 108, C. de la Marche (B. de R. IV 1101) a. 349, C. d'Auvergne (B. de R. IV 1160) Ch. 28 a. 12 u. 13, C. d'Orléans (B. de R. III 735) a. 147, C. de Blois (B. de R. III 1047) a. 218, C. de Nivernois (B. de R. III 1123). Diese Frist war in den code rural übergegangen. Ebenso Preuß. Feld- und F.P.G. § 80. Dagegen hat das franz. Gesetz vom 4. IV. 1889, das an die Stelle der betr. Bestimmungen des code rural getreten ist, in a. 1 vorgeschrieben, das ergriffene Vieh sofort in das vom Maire des Orts ein für allemal bestimmte Depot zu bringen (vergl. Oest. W., Bd. 7 S. 495). Ob dieser Umstand berechtigt — wie Eichhorn in seinem Kommentar zum Pr. Feld- und F.P.G. (Groschuff, Eichhorn, Delius, Preuß. Strafges., 1894 S. 236) es thut — zu sagen, daß das französische Recht die Pfändung von Vieh nicht kenne, scheint mir sehr fraglich.

muß die Ergreifung mitgetheilt werden [1]), zunächst um die Lösung des Schadenstifters zu ermöglichen, sei es daß es im Belieben des Verletzten steht, ob er sie annehmen will [2]), sei es daß er sie annehmen muß und es entweder im Belieben des Thiereigenthümers steht, sie anzubieten [3]), oder der letztere dazu verpflichtet ist [4]).

---

1) Lex. Sal. 9, 4. Lex Gundob. 49, 1—3. Ed. Roth. 343. Lex Wisig. VIII 3 § 15. v. Amira, Obligationenrecht, Bd. 1 S. 246, Bd. 2 S. 257, 258. Oesterr. W., Bd. 2 S. 125, 167, Bd. 3 S. 360, Bd. 4 S. 40, 41, 259, 299, Bd. 5 S. 115, 361, 559, 656, 700, 723, 777, 781, Bd. 6 S. 57, 109, Bd. 7 S. 40, 45, 256, 263, 272, 280, 285, 295, 314, Bd. 8 S. 449, 618. Im altfranz. Recht förmliche Aufforderung (sommer), Beaumanoir, c. 52 a. 6 (II 288); im altnorwegischen Recht Anbietung des Viehes vor Zeugen (heimbod), v. Amira, Obligationenrecht, Bd. 2 S. 256.

2) Dies setzt natürlich noch das Bestehen des Tödtungsrechts voraus. So hat nach der C. d'Acs (B. de R. IV 913 ff.) XI a. 14. 15 der Eigenthümer eines vigne, verger, jardin ou pré clos die Wahl, von dort betroffenen Schweinen eins zu tödten oder Schadenersatz zu fordern. Ebenso statuts et cout de Bragerac (B. de R. IV 1005 ff.) a. 101, C. d'Orléans (B. de R. III 735 ff.) a. 154, C. de Blois (B. de R. III 1047 ff.) a. 222. Im altschwed. Recht eine analoge Bestimmung bei v. Amira, Obligationenrecht, Bd. 1 S. 399.

3) Lex Gundob. 49, 2. 89, 4. 6. — Grand Cout. de Normandie Ch. VII (B. de R. IV 4), Très-anc. C. de Bret. (B. de R. IV 199 ff.) Ch. 286, C. d'Acs (B. de R. IV 913 ff.) XI 34, C. de Maine (B. de R. IV 465 ff.) a. 12, C. de Poitou (B. de R. 748 ff.) a. 57. Beaumanoir, c. 52 a. 6 (II 288). — Für das nordgerm. Recht v. Amira, Bd. 1 S. 247, Bd. 2 S. 258. — Deutsche Weisthümer, Grimm, Bd. 1 S. 206, Bd. 3 S. 719, Bd. 5 S. 174.

4) Ed. Roth. 346. Lex Sal. 9 § 10 (in der Wolfenbütteler Hs.; bei Behrend, S. 13 Z. 1 v. o.). Lex Rib. 17, 2. 18, 2. 22. 27. 28. 29. (Inwieweit hier die Summe von 36 solidi verschiedene Funktion hat, läßt sich mit Sicherheit kaum sagen. Vergl. Leseur in Nouv. Rev. Hist., XII p. 669 ff.). Lex Wisig. VIII 3 § 15. Lex Baiuw. XIV 17. Vergl. Liutpr. 64. 147. (Daß diese Verpflichtung zuerst nur unter indirektem Zwang gestanden, zeigt ein von Grimm, R.A. S. 665 mitgetheilter alter nordischer Rechtsbrauch. Ein des Todtschlags schuldiger Sklave, den der Herr nicht auslösen will, wird ihm an die Hausthür gehangen, bis er ver-

Mit der Ausbildung des Verfahrens um handhafte That zum Rechtsgang entwickelt sich dann die Möglichkeit der Lösung zur Möglichkeit einer Verantwortung [1]).

Allein trotz der Möglichkeit der Lösung steht die Ergreifung noch immer der Idee nach im Dienste der Privatrache, ist sie nicht Mittel zur Erlangung eines Schadensersatzes [2]).

Daher ist die Verwahrung des ergriffenen Viehes selbst Racheakt [3]), der — wie er geeignet ist, auf den Eigenthümer

---

fault und von selbst abfällt. Haut er ihn ab, so muß er die Lösesumme zahlen.) — Dorfordnung zu Ingersheim, Nr. 28 (Zeitschr. f. Gesch. d. Oberrheins, Bd. 1 S. 18) und die meisten Weisthümer.

1) Ldr. Ssp. II 40 § 4. Magd.-Görlitzer Recht v. 1304 (Gaupp, Altes Magd. und Hall. R., S. 269—324) Art. 128. Freiberger Stadtr. (Schott, Sammlungen, Bd. 3 S. 141 ff.) 49, 9. Hamburger Stadtr. v. 1270, VI 19. Très-anc. Cout. de Bretaigne (B. de R. IV 199 ff.) Ch. 122. — Auf einen Fall handhafter That bezieht sich auch offenbar der Rüstringer Text des XI. Landrechts (Richthofen, Rechtsqu., S. 61): sa hwer sa en dede eden werth fon harses houe tha fon ritheres horne, tha fon hundis thote, tha fon hona itsile, tha fon swines tuske, and hi thenne wili biseka thet thi nat sin is; sa is thi thera twira niar tha withon, thi clagire thet hit eden hebbe thes otheres nat, alsare him thes tichta bitigath. Forth skil hi gunga, and iechta skil hi beta; ther ne mi nen frana nenne fretho fon thingia.

2) Daher mußte auch nach verschiedenen Rechten, falls der Eigenthümer nicht kam, das Vieh trotzdem laufen gelassen werden. Wilda, a. a. O. S. 240, Brunner, Bd. 2 S. 534. Vergl. W. zu Brixen (Oesterr. W., Bd. 5 S. 398).

3) Ed. Roth. 346 erklärt das Rachegefühl für befriedigt, wenn der Verletzte das Thier neun Nächte eingesperrt gehalten hat, ohne ihm etwas zu fressen zu geben, die lex Wisig. VIII 3 § 15, wenn dies drei Tage lang geschehen ist. Eine gleiche Idee liegt der lex Burg. 49, 2 zu Grunde. Auf Island wurden die Thiere in den Hungerpferch gesperrt (v. Amira, Bd. 2 S. 257). Nach deutschen Weisthümern soll der Geschädigte das vich in stal thuon, vnd dem vich ain gelten (Kübel) mit stain vnd ain ritheren (Sieb) mit wasser fürstellen, vnnd das vich nit witer zespisen schuldig sin (Oefnung von Kilchberg, Grimm, Bd. 1 S. 206). Ferner Grimm, Bd. 1 S. 164, Bd. 3 S. 714, 719, Bd. 4 S. 284, Bd. 5 S. 174. Oesterr. W., Bd. 2 S. 118, 125, 166, Bd. 5 S. 408, 446,

einen Druck zur Lösung auszuüben — später vielleicht auch in dieser Tendenz vorgenommen werden mag [1]).

Und hier ist der Punkt, wo das Verfahren sich in seinem häufigsten Anwendungsfall in ein Exekutionsverfahren umzuwandeln beginnt, dessen Zweck es ist, dem Grundeigenthümer einen Ersatz der durch fremdes Vieh angerichteten Schäden zu verschaffen, indem es ihm an dem festgehaltenen Vieh selbst ein pfandartiges Sicherungsobjekt gewährt — so daß das Verfahren selbst später als Pfändung [2]) bezeichnet wird [3]).

Bd. 6 S. 57, 58, 109, Bd. 7 S. 40, 45, 47, 141, 198, 207 (hier heißt es voll Hohn: der Pfänder soll das Thier nicht verhungern lassen, sondern ihm drei Steine in einen Trog mit Wasser legen und es damit füttern), 256, 263, 280, 285, 296, 314, 324, Bd. 8 S. 618. Nach dem Grand coutumier de Normandie (B. de R. IV p. 5) Ch. 7 ist der Verletzte nicht verpflichtet, die eingeschlossenen Thiere zu füttern. Auch Beaumanoir c. 52 a. 6 (II 288) rechnet damit, daß die Thiere Hungers gestorben sind. Er macht aber den, der sie gefangen hielt, dafür haftbar. Ebenso Blume von Magdeburg II 2, 214 (ed. Böhlau, S. 139).

1) Wilda, S. 241, Brunner, Bd. 2 S. 533. Vergl. Banntaiding zu Stolzenwert (Oesterr. W., Bd. 7 S. 268): „wo aber ainer so trutzig wär, gedacht im ‚du wirst mier mein viech woll aufslassen', so solt er im drei stain in ain schaff wasser legen und solts dem viech viersötzen . . ." Namentlich aber Dorftaiding zu Potschach (Oesterr. W., Bd. 7 S. 272), wo das Schaff mit Steinen nicht dem Vieh vorgesetzt, sondern vor die Thür des Eigenthümers gestellt wird.

2) Brunner, Bd. 2 S. 533. Ob das Wort „pant" zuerst „eingeschlossenes Vieh" bedeutete (v. Amira, Grundriß, S. 133) und erst allmählich mit der Umwandlung des der Schüttung zu Grunde liegenden Gedankens seine nachmalige Bedeutung erhielt — wofür die Analogie des frz. Namps (vergl. Du Cange s. v. Namium) sprechen mag — oder umgekehrt, bleibt dabei ohne Belang.

3) Der civilistische Charakter, den damit die Schüttung gewinnt, scheidet später das Verfahren wesentlich von der streng kriminellen Klage um handhafte That; wie es ja auch bei der rein vermögensrechtlichen Natur dieser an Häufigkeit alle anderen überwiegenden Fälle, in denen Thiere auf handhafter That betroffen zu werden pflegen, nicht weiter verwunderlich ist. Wenn Behrend, Stendaler Urtheilsbuch, S. 81, mit seiner Bemerkung, daß, wo Pfändung stattfindet, von handhafter That im

2) Die weitere Entwickelung der Verantwortlichkeit des Eigenthümers charakterisirt sich, wie bereits kurz gesagt, durch

---

eigentlichen Sinne nicht die Rede sein kann, nur dieses sagen will, so ist dagegen nichts zu erinnern. Will er indes die gemeinsame Grundlage leugnen, so ist diese Behauptung kaum zu halten. Nicht allein der im Text erwähnte parallele Entwicklungsgang beweist dagegen, sondern auch ausdrückliche Quellenzeugnisse. In ersterer Beziehung sei hier noch auf einen analogen Vorgang aus der langobardischen Rechtssprache hingewiesen. Der auf handhafter That ertappte Verbrecher, der ursprünglich friedlos, fegangi, ist, verfällt später in Schuldknechtschaft, um die compositio abzuverdienen (Brunner, Bd. 2 S. 480); fegangi heißt aber auch das genommene Pfand, das, weil nicht ausgelöst, dem Gläubiger zu Eigenthum verfällt (Brunner, Bd. 1 S. 172 Note 27). Wenn man bedenkt, daß ursprünglich das genommene Pfand Vieh ist, so erscheint die Analogie des hier zu Grunde liegenden Vorgangs, der aus dem „fegangi“ gewordenen Thier ein Exekutionsobjekt für einen rein civilistischen Anspruch gemacht hat, als zweifellos. — Was die in der Darstellung der Quellen selbst enthaltenen Beweisgründe angeht, so sei noch für das fränkische Reichsrecht nachgetragen der parallele Aufbau von Anseg. Capit. App. sec. (Boretius, Bd. 1 S. 449) c. 34 und 35, für die Auffassung des Sachsenspiegels die Aufeinanderfolge von II 40 § 4 und 5, die offenbar beide von handhafter That des Viehes handeln, wie für die Auffassung der Zeit der Umstand, daß einige Handschriften diese beiden §§ an das Ende von II 47 gesetzt haben (Behrend a. a. O.: ein „erklärliches Mißverständniß“). Für das französische Recht mag die Citirung folgender beiden Stellen genügen: Beaumanoir c. 52 a. 2 (II 286): Tout cil prendent à droit, qui en lor propre justice et en lor propre segnorie, ou en cele dont il sont garde por autrui, prendent gens ou bestes en present meffet. Le grand coutumier de Normandie Ch. VI (B. de R. IV 4): Pour forfaict de boys ou de garennes . . . ou pour telles manières de forfaicts pevent les malfaicteurs estre detenuz et arrestez par les Seigneurs en quelz fiefz ilz font telz forfaicts, pourtant qu' ilz soient prins à présent meffaict. (Bezieht sich sowohl auf Menschen wie auf Thiere.) Vergl. C. anciennes de la ville de Beaune a. 36 (Giraud, Essai sur l'histoire du droit français, Tome 2 p. 329 ss.). Auch erscheint in verschiedenen Coutumes die Pfändung geradezu als Anwendungsfall des Verfahrens um handhafte That, wenn vorgeschrieben wird: admener les bestes prisonnières a iustice, les mener et accuser a iustice (C. locales der Grafschaft Blois, B. de R. III 1078 ff.). Ebenso auch in deutschen Weisthümern. Vergl. Banntaiding des Stiftes Reun (Oesterr. W., Bd. 6 S. 367) Nr. 6: „welcher seinem viech zu schaden

das Streben nach Vereinheitlichung ihrer rechtlichen Gestaltung; die Behandlung der zwei verschiedenen Fälle der handhaften und der nicht handhaften That wird immer gleichmäßiger, indem Grundsätze, die zuerst nur mit Bezug auf die eine entstehen, einen maßgebenden Einfluß auch auf die Beurtheilung der anderen ausüben.

Dieser Einfluß macht sich zunächst in einer Umwandlung der Rechtsanschauung geltend.

Bei der handhaften That büßt das Thier allein, gegen den Herrn wendet sich das Rachebedürfniß nicht. Er büßt, auch wo er es lösen muß, nicht mit Leib oder Leben. So gewöhnt sich das Rechtsgefühl daran, von der Forderung des persönlichen Einstehens des Herrn mit seinem eigenen Leibe für Missethaten des Thieres auch bei der nicht handhaften That Abstand zu nehmen. Schon früh muß daher die Fehde gegen den Herrn ausgeschlossen gewesen sein; die Volksrechte sprechen ihn von der Zahlung des fredus frei [1]), wobei allerdings noch

---

halt, es sei bei tag oder nacht, dessen viech, da es anderst auf frischer wahrer that ergriffen, soll durch den belaidigten oder ainen andern der es ertapt oder erlangt dem gemainen im lant durchgehenden gebrauch nach eingetriben, durch den richter oder ambtman in beisein des beclagten und andern zwaien oder dreien benachbarten besichtiget, der schaden den werth nach geschätzt und auf das lengist innerhalb vierzechen tagen ... ohne fernern verzug dem, den etwan der schaden zuegefüegt, erlegt und das viech alsbalt nach der schätzung widerumben restituirt werden." Vergl. auch Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im M.A., Bd. 1 (1879) S. 823, 824.

1) Lex Sax. 57: Si animal quodlibet damnum cuilibet intulerit, ab eo cuius esse constiterit, componatur excepta faida. v. Richthofen will hier (S. 77 Note 43 seiner Ausgabe) hinzugefügt wissen: et excepto fredo. Nöthig ist das nicht, denn wenn die Fehde wegfällt, fällt von selbst auch der fredus. Vergl. auch Grimm, R.A., S. 656 Note. Ebenso Ed. Roth. 326: ipse componat homicidium aut damnum, cuius animales fuerit, cessante in hoc capitulo faida, quod est inimicitia; quia muta res fecit, nam non hominis studium. Lex Thur. 52 (der Eid ist hier einfach Reinigungs-

aus der Form der Bestimmung hervorgeht, daß dies als etwas verhältnißmäßig Neues gegenüber einem früheren Zustand empfunden wird [1]).

Diese Gestaltung der Verantwortlichkeit wirkt auch wieder auf die bewußte Rechtsanschauung zurück. Die Haftung des Eigenthümers schadender Sachen ist mit dem Ausschlusse des fredus der Haftung dessen gleichgestellt, der durch Ungefähr eine Rechtsverletzung begangen [2]) — mag auch die Entwicklung selbst durchaus nicht immer parallel gegangen oder auch nur gleichzeitig erfolgt sein [3]). Jedenfalls genügt jener die äußerliche Gleichheit in der rechtlichen Behandlung des durch Thiere oder leblose Dinge und des durch menschliche Handlung von

eid, nicht Erfüllungsgelöbniß, wie v. Richthofen [S. 139 Note 19 seiner Ausgabe] will; analog dem Herreneide in lex Fris. III 5 ff. XII). Lex Rib. 46, 1. 70, 1. Pact. Alam. fr. III 17. Vergl. Aelfr. 36. Altnorw. Recht bei v. Amira, Bd. 2 S. 416. v. Richthofen, Friesische Rechtsquellen, S. 60, 61, 177, 206. Flandrische Quellen bei Warnkönig, Flandrische Rechtsgeschichte, Bd. II [2], Urk.-B., S. 183, 193. Landr. Ssp. II 40 § 3.

1) Vergl. die Fassung in Lex Sax. 57 und Lex Thur. 52.

2) Brunner, Bd. 2 S. 547. Ferner noch v. Amira, Obl.-R., Bd. 2 S. 411.

3) So z. B. im friesischen Recht. Das Emsiger Pfenningschuldbuch (Richthofen, S. 205, 206) bestimmt noch in § 44: Olle vrwalda deda, spildeda, and olle becwarda deda, and olle dede ther linde dua mugen, ful ield and fulle bota and fulne frethe; dagegen im § 45: Wara diaris deda, ther hia tha liudem duath, tuede ield and tuede bota, and nanne fretha. Hingegen sagt der auf die gleiche Quelle zurückgehende Brokmerbrief (Richthofen, S. 177) § 182: Alla vrwalda deda, dyares deda, spildeda, alle becwarda deda, ful ield and fulla bota and nenne frethe. Aehnliche Verschiedenheit zeigt sich auch in den zwei Texten der Emsiger Bußtaxen (Richthofen, S. 226). Der § 18 lautet im ersten: Hengstes hof and hundes toth, and swines tusk, and hons etzel, and ritheres horn, and vnuuelde dede, and vter bec eden . . . . al is hit tuede bote, im zweiten dagegen: Hengstes hof, and hundis toth, and swinis tusc, and honis etzel, al is tuede bote; and vnwelde and vder bec edeen . . . . al is ful bote.

Ungefähr angerichteten Unheils, um die ersteren Fälle unter die letzteren als wesensgleich unterzuordnen.

Eine vollständige in dieser Hinsicht ausgebildete Theorie finden wir bereits in den sog. leges Henrici primi 90, 11: Sunt enim infortuniorum genera quamplurima casu magis quam consilio contingencia, et misericordie pocius quam judicio comittenda; legis enim est, qui inscienter peccat scienter emendet et qui brecht ungewaldes bete gewaldes. Et in quibus non potest homo legitime jurare, quod per eum non fuerit aliquis vite remotior morti propinquior, digne componat, sicut factum sit; ex quibus sunt: Si quis alii missione in missatico causa mortis sit; si quis pro quolibet mittat, et in veniendo occidatur; si quis mortem incidat, ab aliquo vocatus; si alicujus arma perimant aliquem ibidem posita ab eo cujus erant; si quis ea dejecerit, sive occisus sive alius, et noceant; si quis vocatus in alicujus alicubi reposita arma transfigatur; si quis aliquem terreat vel impellat ut, equo vel aliunde cadens, malum habeat; . . . . . si quis equum vel aliud cuiquam commendat, et inde malum ei veniat; si alicujus equus ab aliquo stimulatus vel subcaudatus quemlibet percuciat. In hiis et similibus, ubi homo aliud intendit et aliud evenit, ubi opus accusatur non voluntas, venialem pocius emendationem et honorificentiam judices statuant, sicut acciderit.

Auch Beaumanoir trägt in c. 69 (II 483 ff.) die gleiche Theorie des einheitlichen Ungefährwerks (cas de mesaventure) vor.

Allein daß diese Auffassung unhistorisch und unrichtig, daß sie nicht die des Rechts in seiner ursprünglichen Entwicklung, sondern erst das Produkt späterer Reflexion ist, zeigt schon der thatsächliche Widerspruch in ihrer Begründung. Denn gerade

auf die aufgezählten Fälle der Haftung des Eigenthümers für seine Waffe, für sein Pferd paßt die Begründung gar nicht. Davon, daß er hier aliud intendit et aliud evenit, kann schlechterdings nicht gesprochen werden. Und nur die Gleichheit der rechtlichen Behandlung hat den Betrachter dazu verleitet, eine Gleichheit der Thatbestände nach rückwärts daraus zu erschließen. Daher ist der Satz, daß Thierschaden Ungefährwerk ist, für das alte Recht in dieser Form nicht richtig; richtig ist nur, daß der Entwicklungsgang seiner Rechtsfolgen die gleiche Abschwächungstendenz aufweist[1]), und in manchen Rechten zu einer gewissen Periode vollständige materielle Gleichheit gezeitigt hat[2]).

Allein daß jene Betrachtungsweise überhaupt aufkam, ist dennoch nicht bedeutungslos. Sie beweist dafür, daß man stellenweise dazu gekommen war, der Verantwortlichkeit des Eigenthümers ein eigenes Verschulden zu unterstellen[3]). Inwieweit hier schon der Einfluß des römischen Rechtes[4]) sich geltend machte, ist schwerlich im Einzelnen zu ermitteln[5]).

So begegnet uns denn hier und da der Gedanke, die Haftung des Eigenthümers beruhe auf der Verletzung einer

1) Brunner, Absichtslose Missethat, S. 829 ff., Rechtsgeschichte, Bd. 2 S. 547 ff., 551 ff., v. Amira, Thierstrafen, S. 584, Schröder, Rechtsgeschichte, S. 80 ff.

2) So für das friesische Recht im XII. Landrecht (Richthofen, S. 60, 61). Vergl. aber das Emsiger Pfenningschuldbuch §§ 44, 45 (oben S. 262 Note 3) und die Westergoer Bußtaxen § 68 (Richthofen, S. 472), Ostergoer Bußtaxen §§ 21—23 (Richthofen, S. 456).

3) Brunner, Absichtslose Missethat, S. 840.

4) d. h. seines Prinzipes, daß nur culpa zum Schadenersatz verpflichte (Ihering, Schuldmoment, S. 199).

5) Deutlich zeigt diese Einwirkung die Verarbeitung des droit coutumier von Orléans im Livres de Jostice et de Plet XIX 48: Se home ou beste a quatre piez fet domage. § 9. Et se mis chevaus vet la voie, et je suis desus, et nos aillem si com l'en doit aler, et li chevaus

ihm obliegenden Verpflichtung [1]), sein Eigenthum zu bewachen [2]), damit es keinen Schaden anrichte, Vieh zu tödten, von dem Schaden zu befürchten ist [3]).

Und logisch konsequent mußte dann für den Fall, daß der Eigenthümer seine Schuldlosigkeit bewies, er von jeglicher Haftung entbunden werden [4]).

---

tut ou mehaingt un home, i sui-je tenus? non, mès li chevaus; mes se tu aloies désordenéement, et an ce fust fet, tu seroies tenuz; car il serois aparissant qu'il seroit fet par ton ostrage. § 10. Et se ton cheval ou ta beste, ton buef, ta vaiche, tes truies, me font domage, i es-tu tenuz? Nenil, s'a ne l'a fet par ma négligence ou par mauvèse garde; mes la beste i est tenue; car l'en doit bien garder tex bestes, qui sont truies, et metre i grant deligence. Ebenso auch § 11. (Für die Zeit der Volksrechte vergl. lex Romana Raet Cur. XXIV 28 § 3 und 11.) Auch die très-ancienne coust. de Bretaigne (deren Alter nicht feststeht: nach Bourdot de Richebourg IV 199: 14. Jahrh., nach Warnkönig, Franz. St.- und Rgsch. II 88: 13. Jahrh.) zeigt eine veränderte Auffassung (Ch. 121, 174).

1) Wilda, Strafrecht, S. 654; Brunner, Absichtslose Missethat, S. 840; Jastrow, Strafrechtl. Stellung 2c., S. 81; vergl. Hammer, Lehre vom Schadensersatz, S. 41 ff., gegen Kraut, Vormundschaft, Bd. 1 S. 344 ff.

2) Cnut leg. sec. 76, Leges Henr. primi 87. 2, Lex Burg 18, 2 (hierzu vergl. lex Wisig. VIII 4 § 23), Supplem. leg. Wisig. c. 6 (Walter, Corp. jur. Germ. I 669), Liutpr. 110, Lex Baiuw. VIII 2. Für die cout. des droit écrit ist diese Auffassung nicht verwunderlich: C. de Bayonne (B. de R. IV 943) tit. II, C. de la Bourt (B. de R. IV 967 ff.) tit. IV, C. de Sole (IV 979 ff.) tit. 15. Ferner C. d'Auvergne (B. de R. IV 1160 ff.) 28, 1, C. de Troyes (III 237 ff.) 10, 171 (hierzu der procès-verbal S. 169), C. de Melun (B. de R. III 434 ff.) 309. Vergl. das Pariser Parlamentsurtheil von 1272 n. 43 (Les Olim I 942). — So auch die Ostergoer und Westergoer Bußtaxen (Richthofen, S. 456, 472). Auf dem gleichen Gedanken beruht auch Ldr. Ssp. II 40 § 4 pr.

3) Lex Wis. VIII 4 § 16, 17, 20. Vergl. die P.G.O. Art. 136.

4) Cut 76, Leges Henr. primi 87, 2. Westergoer Bußtaxen § 68 (Richthofen, S. 472): Jef hya (der Thiereig.) dyn onwilla ende dae wanwytschip dera schaedaftlicheed (mangelhafte Kenntniß der Schädlichkeit des Thieres) biswara willet, so schilmet naet beta. Li Livres de Jostice et de Plet (oben S. 264 Note 5). — Dem gleichen Gedanken entstammt wohl

3) Auch materiell überträgt die fortschreitende Entwicklung die für den Fall der handhaften That gewonnenen Normen auf die anderen Fälle der Verantwortlichkeit des Eigenthümers.

Bei jener büßt an sich nur das ergriffene Thier, und nur zu dessen Lösung kann der Eigenthümer selbst in rechtliche Beziehung zu dem Verletzten treten; so daß alsdann die Rechtslage sich als freiwillige Uebernahme eine ihrer Höhe nach auf den Werth des Thieres beschränkten Verantwortlichkeit des Eigenthümers darstellt.

Die hier zu Grunde liegenden Rechtsgedanken auf die nicht handhafte That angewendet, mußte also für letztere dem Eigenthümer einerseits die Möglichkeit gewährt werden, den Missethäter selbst büßen zu lassen, durch seine Auslieferung an den Verletzten die eigene Verantwortlichkeit entweder ganz oder theilweise auszuschließen [1]), andererseits dem Verletzten das Recht gegeben werden, diese Auslieferung zu fordern, um seinem Rachetrieb — dem der Eigenthümer entzogen war — an dem Urheber der Verletzung selbst zu fröhnen.

Auf diesem Standpunkte stehen bereits manche Volks-

---

auch der von Brunner sogen. Gefährdeeid (Absichtslose Missethat, S. 825 ff.). Vergl. dazu Hlodhaere u. Eadric 2. 4, Aelfr. 36, Leges Henr. primi 87 § 3, Lex Wisig. Suppl. 6 (Walter, Corp. jur. I 669), Très-anc. cout. de Bret. (B. de R. IV 199 ff.) Ch. 179. — Wilda, Strafrecht der Germanen, S. 589.

1) Brunner, Absichtslose Missethat, S. 830 ff., Rechtsgesch., Bd. 2 S. 551 ff.; Schröder, Rechtsgesch., S. 341; Hoffmann, Haftung f. außerkontr. Schadenszufügungen durch Thiere nach Hamb. R. (51. Heft von Gierkes Unters. 1896) S. 21 ff., G. Meyer in Zeitschr. d. Sav.-Stiftung, Bd. 2 (Germ. Abth.) S. 92. Dagegen, wie erwähnt, v. Amira, Thierstrafen, S. 584 ff., Obl.-R., Bd. 2 S. 415 ff.

rechte, indem sie je auf die eine [1]) oder die andere Seite [2]) das Schwergewicht legen.

Der Uebergang zu dieser Rechtsgestaltung wurde befördert

1) Die Verantwortlichkeit für die halbe compositio bleibt neben der Auslieferung des Schuldigen bestehen im fränkischen Volksrecht. Lex Sal. 35, 5. 36, Lex Rib. 46, 1; die Auslieferung ist Pflicht des Herrn. Lex Sal. 40, 6: die Lesart comprehenditur, anstatt deren besser inculpatur gelesen wird (so auch Waitz, Das alte Recht d. sal. Fr., in seiner Restitution) darf nicht verleiten, handhafte That anzunehmen. Doch besteht auch hier in Analogie mit ihr ein Wahlrecht des Verletzten. Lex Sal. 40, 4. Vergl. die Bestimmung des Rechtes von Gortyn (Zitelmann im Rhein. Mus. f. Phil., N. F. Bd. 41 S. 123 ff.), die also nicht so isolirt ist, wie Zitelmann (a. a. O. S. 123, 133) angenommen hat. Im späteren langobardischen Recht muß der Herr eine feste Summe von 60 sol. neben der Auslieferung zahlen. Grimow. 3 (vergl. aber Liutpr. 21). Für das frühere langob. Recht vergl. Ed. Roth. 371. Im altschwed. Recht muß der Eigenthümer neben der Auslieferung noch eine „Fehdebuße" zahlen. v. Amira, O.R., Bd. 1 S. 396. Gänzlich frei durch die Auslieferung wird der Eigenthümer dagegen im angelsächs. Recht, Aelfr. 24; vergl. 13. Ebenso erlischt die Verantwortlichkeit des Eigenthümers völlig durch die Auslieferung im späteren fränk. Recht: Pactus pro ten. pac. c. 5. 12 (Boretius, I, 5. 6), Chilperici edict. c. 6. 8 (Boretius, I 8), Cap. legi Sal. add. (819) c. 7 (Boretius, I 293), Cap. legi Rib. add. (803) c. 5 (Boretius, I 117). So auch die Bestimmung der Lex Sal. 35, 5 in jüngeren Texten: vergl. Brunner, Absichtslose Missethat, S. 827. Analog cap. ital. Kar. M. c. 3 (Boretius, I 335), Hludow. Pii c. leg. add. (818 819) c. 18 (Boretius, I 285). Ebenso lex Burg. 18, 1, lex Wisig. VI 5 § 10, VIII 4 § 12; indes ist hier nicht sicher, wieviel davon auf Rechnung des röm. Rechts zu kommen hat (vergl. Stobbe, Privatrecht, Bd. 2 S. 404; L. R. v. Salis in seiner Ausgabe der leges Burg. [M. G. H. Leg. sect. I Quartausg. Leg. Nat. Germ. tom. II p. 1] S. 56 Note 3). Gleiche Bestimmungen im altnorweg. Recht bei v. Amira, Obligationenrecht, Bd. 2 S. 425. Als véritable phénomène sociologique inséparable d'une certaine phase de développement bezeichnet das Prinzip der Noxalität Girard in Nouv. Rev. Hist., XII p. 54, 55.

2) Ed. Roth. 142. Hier wie auch bei Jne 74 wird in Anlehnung an den Fall der handhaften That von Lösung (redemtio) des auszuliefernden Sklaven gesprochen. Lex Baiuw. VIII 2; Hlodhaere u. Eadric 1. 3; Jne 74.



gerade durch die der Verantwortlichkeit des Eigenthümers zu Grunde liegende Anschauung.

Der Herr haftete kraft des thatsächlichen Verhältnisses der Gewaltausübung, des Mundium. Hörte dies auf, so mußte mit der Ursache auch die Rechtswirkung verschwinden, seine Verantwortlichkeit. Und hierbei konnte es keinen Unterschied weiter begründen, ob der Herr sein Mundium einem Anderen übertrug, ob er also das Thier, den Sklaven, dem Verletzten überlieferte, oder ob er es bloß einseitig aufgab oder auch nur ohne sein Zuthun verlor.

Indes erscheint dieser Gedanke, der schon früh auftauchen mußte, oft begleitet von einem anderen: der Herr wird zwar durch die Aufgabe des Mundium frei, allein es gilt im Interesse der Rechtssicherheit als Verpflichtung des Herrn, das Mundium zu bewahren [1]).

Je nachdem diese Verpflichtung stärker oder schwächer betont wird, wird auch z. B. das Moment der Flucht eines Sklaven von verschiedenen Rechten für die Verantwortlichkeit des Herrn anders gewerthet [2]).

1) Scharf unterschieden tritt dies hervor in einem Gesetze Grimwalds (c. 3. De culpa servorum). Danach haftet der Herr für das Verbrechen seines Sklaven, worauf an sich eine compositio von 900 sol. stünde, nur auf 60 solidi, muß aber den Sklaven ausliefern. Entflieht der Sklave, so erlischt sein mundium und damit auch die Verantwortlichkeit; er braucht also die 60 sol. nicht zu zahlen, dagegen dafür, daß er die Flucht nicht zu verhindern verstanden hat, 20 sol. Et si quandocumque inventus fuerit, tradat eum, ut supra, ad moriendum, et recipiat solidos vigenti, quos pro fuga ipsius dedit; nam sexaginta solidos conponat pro culpa, quam servus fecit. Die Verletzung jener Verpflichtung macht später den Herrn voll verantwortlich (Liutpr. 11). Ausdrücklich statuirt die Pflicht das cap. legi Rib. add. v. 803 c. 5 (Boretius I 117 = Anseg. Cap. III 44 [Boretius I 430]): Nemini liceat servum suum propter damnum ab illo cuilibet inlatum dimittere. Vergl. Cap. Kar. M. no. 56 (Boretius I 143) c. 1.

2) Lediglich an das Moment des nicht mehr vorhandenen Gewaltverhältnisses hält sich die lex Saxonum 52: Si servus perpetrato facinore

Jene Verpflichtung, nur im Hinblick auf den Besitz zahlreicher Knechte von Bedeutung, konnte, wie sie hauptsächlich der Rechtssicherheit diente und wohl auch nur in ihrem In-

---

fugerit, ita ut a domino ulterius inveniri non possit, nihil solvat. Ebenso das angelsächsische Recht, Aelfred 23: Gif æt þissa misdaeda hwelcere se hund losige. ga þeos bot hwaedere forð. Gif se hund ma misdaeda gewyrce. and he hine hæbbe. (und er ihn wieder hat) bete he fullan were. swa dolg-bote swa he wyrce. (Anders allerdings R. Schmid in seiner Uebersetzung.) Vergl. für das friesische Recht v. Richthofen, Rqu. 472, Westergoer Bußtaxen § 67: Jef dat hors dulget en man, als hi hera dat hors mit tame halt ende mit leder bileit haet, so scil hyt beta iof hyt self deen hede, hit ne were dattet buta des hera wytscyp were schyn ende wr syn willa ronne. Entschieden als Milderung strengeren Rechts — wie es v. Richthofen in seiner Ausgabe der lex Saxonum S. 76 Note 35 für das sächsische Recht m. E. zu Unrecht vermuthet — geben sich die hierher gehörigen Bestimmungen der fränkischen Königsgesetze. Denn während noch die lex Rib. 30, 2 den Herrn zur Wiederergreifung des Sklaven verpflichtet hatte und, falls ihm dies nicht in der ihm gesetzten Frist von 14 resp. 40 Nächten gelang, dennoch verantwortlich machte, als ob er den Sklaven noch in seiner Gewahrsam hätte, läßt der pactus pro tenore pacis (Boretius I 6) c. 12, 2 den Eigenthümer nicht haften — die Pflicht zur Herausgabe der gestohlenen Sachen beruht ja nicht auf diesem Rechtsgrunde (oben S. 238) — sondern nur zur Abtretung des Eigenthums an den Verletzten verpflichtet sein. Ebenso Chilperici ed. c. 6. 8 (Boretius I 8 — Behrend 106, 107). Sogar davon sieht ab das Cap. legi Rib. add. v. 803 c. 5 (Boretius I 117 = Anseg. Cap. III 44, Boretius I 430) = Liber Papiensis Karoli M. c. 26 (M. G. H. Legg. IV 489). Auch das altschwed. Recht verbindet mit dem öffentlich bekannt gegebenen Verluste des Mundium die Freiheit von jeder Verantwortlichkeit (v. Amira, O.R., Bd. 1 S. 395; dazu, daß der Eigenthümer das gestohlene Gut herausgeben muß, vergl. die Bemerkung zum pact. pro ten. pac.). Das langobard. R., wo die Thatsache der Flucht an sich schon als culpa des Herrn geahndet wird (Grim. 8), macht ihn daher beschränkt verantwortlich (Ed. Roth. 256), mit später steigender Tendenz, ihn voll haften zu lassen (Liutpr. 11). Das römische Recht läßt bekanntlich mit dem Aufhören der thatsächlichen Herrschaft auch die Verantwortlichkeit erlöschen, fr. 21 § 3 D. (9, 3), fr. 17 § 3 D. (47, 2), ausgenommen den Fall doloser Entäußerung, fr. 21 pr. D. (9, 4).

teresse statuirt sein mochte [1]), mit dem Erstarken der Staatsgewalt, namentlich aber mit der Immobilisirung der Klasse der Unfreien [2]) ohne Schaden aufgegeben werden. So finden wir denn mit der fortschreitenden Entwicklung die Verantwortlichkeit des Eigenthümers immer klarer lediglich mit dem Eigenthum verbunden [3]); und folgerichtig geben die jüngeren Quellen [4]) ihm die Möglichkeit, durch bloße Aufgabe seines Eigenthumsrechtes sich auch seiner Verantwortlichkeit zu entledigen [5]).

4) Die Entwicklung der Verantwortlichkeit des Eigenthümers, wie sie bisher geschildert ist, hat als Hauptergebniß die Annäherung der beiden Fälle der handhaften und der

1) Brunner, Absichtslose Missethat, S. 832. Anders Loseur in Nouv. Revue Hist., XII 710 ff.

2) Brunner, Rechtsgesch., Bd. 1 S. 232 ff.; Schröder, Rechtsgesch., S. 215 ff.

3) Daß in der Tiefe der Volksanschauung auch uralte religiöse Vorstellungen, namentlich sofern es sich um Preisgabe mit Menschenblut befleckter Gegenstände handelte, mitgewirkt haben, kann den juristischen Gedanken, welcher oft genug der Ausdruck mannigfacher Tendenzen ist, nicht verändern. Zur Sache selbst vergl. Brunner, Absichtslose Missethat, S. 840, Rechtsgesch., Bd. 2 S. 558; Hepp, Zurechnung, S. 165.

4) Von älteren Rechten das altschwedische, das westnordische (v. Amira, Bd. 1 S. 397 ff., Bd. 2 S. 416 ff.), ferner Jne 74. Für das fränkische Recht vergl. Brunner, Absichtslose Missethat, S. 832 mit Bezug auf das Cap. leg. add. v. 803 (Boretius, I 114).

5) Ldr. Ssp. II 40 § 2, Ldr. Swsp. 315, Hamburger Stadtr. von 1270 Art. VI 19, Freiberger Stadtrecht von um 1300 (Schott, Sammlungen, Bd. 3 S. 141 ff.) 49, 7. 11, Handfeste der Stadt Freiburg im Uechtlande von 1249 (Gaupp, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters, Bd. 2 [1852] S. 82 ff.) Art. 36. (Ebenso Handfeste von Thun von 1264 Art. 20, cit. bei Hepp, Zurechnung ꝛc., S. 156.) Burgdorfer Handfeste von 1316 Art. 86 (Gaupp, Bd. 2 S. 128), Très-ancienne coust. de Bretaigne (13. Jahrh.) (B. de R. IV 199 ff.) ch. 176, 280, Rechtsbuch Ruprechts von Freising cap. 136, Revid. Lüb. Stadtrecht III 11, 1. 2. Fernere Ausführungen bei Stobbe, Privatrecht, Bd. 3 S. 405 Note 15. Vergl. noch den Rechtsfall bei Grimm, W., Bd. 3 S. 221 (Hollerrecht).

nicht handhaften That aufzuweisen. Wie für sie äußerlich eine ähnliche Rechtslage geschaffen ist, so erscheinen sie dem Rechtsbewußtsein nach und nach als wesensgleich, und es betrachtet die bei beiden sich ergebenden Konsequenzen mehr und mehr unter einheitlichem Gesichtspunkt.

Allein die Richtung der rechtlichen Reaktion gegen die durch Gegenstände des Eigenthums verursachten Rechtsverletzungen ist noch unverändert dieselbe geblieben. Noch immer ist die Verantwortlichkeit des Eigenthümers ihrem innersten Wesen nach eine strafrechtliche.

Die Aenderung, die auch hier vor sich ging, konnte naturgemäß nur eine äußerst langsame und allmähliche sein. Sie wurde bewirkt einmal durch die veränderte Auffassung von dem Zwecke der Strafe, wonach es dem geläuterten Rechtsbewußtsein widerstrebte, Strafe da eintreten zu lassen, wo — wie auf Seiten des Eigenthümers — keine Schuld, oder — wie auf Seiten des Thäters — kein Verständniß für die Strafe vorhanden war [1]).

Sodann aber bot die rechtliche Behandlung der Verantwortlichkeit selbst in sich Momente dar, von denen aus jene Auffassung Uebergänge im Sinne einer Umwandlung finden konnte.

---

1) Beaumanoir 69, 6 (II 485, 486): .. justice doit estre fete por le venjance du meffet, et que cil qui a fet le meffet sace et entende que por cel meffet il emporte tel paine. Très-ancienne c. de Bretaigne (B. de R. IV 199 ff.) ch. 118: Nul ne doit estre pugni par raison pour le fait d'autruy ... ch. 121: Nul ne doit estre pugni pour autruy meffait ... Art. 598 der Red. von 1589 (p. 291 ff.): Amende ne doit estre jugée ne levée des cas qui sont d'adventure ou de fortune ou cas qu'ils n'ayent esté faits par dol, malice ou coulpe notable. Die letztere Fassung läßt deutlich den Einfluß des römischen Rechts in diesem Punkt erkennen. Aus ihm stammt wohl auch der Satz des Livres de Jostice et de Plet XVIII 24 § 21: Nus ne doit estre punis sanz cope. Daß auch schon früh kirchliche Einflüsse gerade hier thätig waren, beweist das Concilium Triburiense von 895 (Boretius u. Krause, II 196 ff.) c. 36.

Besonders muß hier bei allen denjenigen Fällen, in denen es sich um Schaden durch Thiere handelte, der Umstand mitgewirkt haben, daß das alte Recht als Tausch- und Zahlmittel hauptsächlich Vieh kannte und daß dies sich bis in verhältnißmäßig späte Zeiten erhalten hat [1]).

Enthielt daher schon im Allgemeinen in der Preisgabe des schuldigen Thieres an den Verletzten das strafrechtliche Moment einen civilistischen Beigeschmack, da ja der Verletzte, wie er das Thier tödten durfte, auch, wenn er es vorzog, sich an ihm seines Schadens erholen konnte [2]), so mußte dies um so mehr der Fall sein, wenn der Schaden gerade in dem Verluste eines gleichartigen und gleichwerthigen Thieres bestand.

Hier tritt denn auch zuerst das strafrechtliche Moment zurück; der Eigenthümer, der das schuldige Thier dem Herrn des getödteten oder beschädigten ausliefern muß, erhält dafür das getödtete oder beschädigte, sodaß in der Uebergabe des Schuldigen auf Seiten des Hingebenden nur das civilistische Moment, auf Seiten des Empfangenden noch das strafrechtliche zum Ausdruck gelangt [3]). Auch dies verschwindet da,

1) Grimm, R.A., S. 586; Brunner, Rechtsgesch., Bd. 1 S. 164; Schröder, Rechtsgesch., S. 12, 77, 266; v. Amira, Grundriß, S. 123, 150.

2) Zuerst finden wir diesen Gedanken in den Quellen bezüglich Sklaven ausgesprochen; indes kann es bei Thieren nicht anders gewesen sein. Liutpr. 147 (analog 152, vielleicht schon 80). Cap. legi Rib. add. v. 803 c. 5 (Bor., I 117): Nemini liceat servum suum propter damnum ab illo cuilibet inlatum dimittere; sed iuxta qualitatem damni dominus pro ipso respondeat vel eum in compositione aut ad poenam petitoris offerat. [Vergl. Cap. Kar. M. apud Anseg. serv. (Boretius, I 160) c. 3.] Hierzu Girard, Act. nox. in N. R. H., XII 54 Note 1. In den Rechtsbüchern ist das civilistische Moment bereits rein durchgedrungen: Ldr. Ssp. II 40 § 4, Ldr. Swsp. 315. Vergl. Très-anc. c. de Bretaigne (B. de R. IV 199 ff.) ch. 280.

3) Lex Rib. 46, 2. Dieselbe Bestimmung im Recht von Gortyn (Zitelmann im Rh. Mus. f. Phil., N. F. Bd. 41 S. 123 ff.). Für

wo nicht mehr das schuldige Thier selbst, sondern ein anderes dem getödteten gleichwerthiges hingegeben werden darf oder muß [1]) [2]).

Auch die Tendenz, die Verantwortlichkeit des Herrn — abgesehen von der Möglichkeit der Preisgabe — stetig abzuschwächen [3]), beeinflußt die Rechtsanschauung über die Natur dieser Verantwortlichkeit.

das spätere Recht die Bestimmungen des Stadtbuchs von Augsburg (ed. Ch. Meyer, 1872, S. 173) Art. 91 § 1. Vergl. lex Wisig. VIII 4 § 7.

1) So schon lex Rib. 46, 2; Ed. Roth. 328; Lex Wis. VIII 4 § 7. Lex Rom. Raet. Cur XXIII 22, 1, welche hier rein deutsches Recht enthält. Für das altschwedische Recht v. Amira, Obligationenr., Bd. 1 S. 460 ff., 725 ff., für das westnordische v. Amira, Bd. 2 S. 558.

2) Von den Grundsätzen über Schadenvertheilung, nach denen beide Eigenthümer je die Hälfte tragen, entstammt dem mosaischen Recht (vergl. Zitelmann, Rh. Mus., N. F. Bd. 41 S. 131) nur die eigenthümliche Form, wonach das lebende und das todte Thier vertauscht, und der Preis beider getheilt wird. Ldr. Swsp. 172 v. 29 ff. Das Prinzip findet sich auch in deutschen Rechten (Pact. Alam. III 18; v. Amira, Obligationenr., Bd. 1 S. 400, Bd. 2 S. 865; Westergoer Bußtaxen § 68 [v. Richthofen, Rqu., S. 472]; hierhin wohl auch lex Sal. 35, 1), gemäß der sozialen Struktur desselben (vergl. Ed. Roth. 138; Brunner, Rechtsgesch., Bd. 2 S. 550), für den Fall, wo es unklar blieb, ob die Schuld auf Seiten des tödtenden oder des getödteten Thieres war. War die Schuld des tödtenden Thieres erwiesen (z. B. nach altschwedischem und westnordischem Recht, wenn das tödtende von stärkerer Gattung oder in stärkerer Lage war), so traf dessen Eigenthümer die Haftung ganz. Wie groß gerade hier der Einfluß des römischen Rechts, und zwar in antisozialem Sinne, war, beweist die für denselben Fall der Ungewißheit, welches von beiden Thieren das schuldige gewesen, gegebene Entscheidung der Wormser Reformation (VI 21 § 4): „Item wo man nit weisse oder fürbringen mag, welchs Thier das ander am ersten angangen habe, so ist jr jetwederß Herrn eynander nit pflichtig", eine Entscheidung, die sich zwar ausdrücklich aus dem römischen Recht nicht quellenmäßig belegen läßt, die aber vollständig dem Geiste des römischen Rechts entspricht (Zitelmann im Rhein. Mus. f. Phil., N. F. Bd. 41 S. 132 Note 37).

3) Lex Sal. 35, 5. 36; Lex Rib. 46, 1; Pact. Alam. III 16 (hier tritt diese Tendenz besonders sichtbar hervor; Brunner, Absichtslose Missethat., S. 818). Gotländ. Recht bei v. Amira, Obligationenr., Bd. 1

Deutlich verfolgen läßt sich die Umbildung in den französischen coutumes an dem Begriff der amende.

Die coutumes unterscheiden zunächst zwei Arten der amende mit verschiedenen Funktionen: die eine ist die meist sog. amende de Justice [1]), welche dem seigneur justicier [2]) verfiel, die andere wird amende schlechtweg, gelegentlich auch amende simple [3]) oder amende coutumière [4]) genannt.

Die erstere hat die Funktion des alten fredus [5]) [6]); sie ist die Sühne für den Rechtsbruch gegenüber der Obrigkeit.

S. 398. Lex Fris. I 22, IX 17, Add. III 68 al. 2. Brokmerbrief § 182 (v. Richthofen, Rqu., S. 177). — Lex Fris. I 18, Add. III 68 al. 1; XII. Landrecht, Emsiger Pfenningschuldb. § 45, Emsiger Bußtaxen § 18, Ostergoer Bußtaxen § 22, Westergoer Bußtaxen § 68 (v. Richthofen, Rqu., S. 60, 61, 206, 226, 446, 456, 472). Vergl. Brunner, Absichtsl. Missetĥ., S. 829.

1) C. d'Orléans (III 785 ff.) a. 150 ff., C. de Lorris de Montargis (III 829 ff.) IV 13, C. de Mehung-sur-Evre (III 926 ff.) III 9, C. de Bourbonnais v. 1521 (III 1231 ff.), C. de Lodunois (IV 711 ff.) ch. 19 a. 1, C. de la Marche (IV 1101 ff.) a. 348, C. de Blois (III 1047 ff.) a. 223.

2) Zuweilen auch an den Oberlehnsherrn und den Lehnsherrn. C. de Berry (III 935 ff.) X 2 ff.

3) C. de Poitou (IV 743 ff.) a. 58.

4) C. d'Autroche (III 1099). Vergl. C. de la Marche (IV 1101 ff.) a. 348.

5) Schäffner, Rechtsverf. Frankreichs, Bd. 3 S. 431.

6) In einzelnen coutumes erinnert noch ihre Berechnung an den fredus des fränkischen Rechts, indem von der ganzen Bußsumme ein Drittel der justice zukommt. C. loc. de St. Aignan (B. de R. III 1078), de Selles en Berry (III 1083), de la Ferté Ymbaut (III 1092), de Chabris (III 1096). Vergl. la très-anc. c. de Bretaigne (IV 199 ff.) ch. 128, C. de Blois (procès-verbal v. 1523 a. 223) (III 1100 ff.), C. de Ponthieu (I 81) a. 100 ff. Der Natur des alten Friedensgeldes entspricht es auch, daß die amende de Justice nicht zu zahlen ist, wenn der Eigenthümer des schadenden Viehs und der Geschädigte sich außergerichtlich einigen. Ch. 28 a. 18 der C. d'Auvergne (IV 1160 ff.). Vergl. C. d'Orléans (III 785 ff.) a. 151, Très-anc. c. de Bretaigne (IV 199 ff.) ch. 123. Ob die amende de Justice in ihrer charakteristischen Höhe von 60 sols mit dem alten fränkischen Königsbann zusammenhängt, mag dahingestellt sein.

Die schlichte amende ist der Ausdruck der Verantwortlichkeit gegenüber dem Verletzten [1]).

Für unsere Untersuchung kann nun nur die letztere allein in Betracht kommen [2]), um so mehr, als für das Bestehen und die Handhabung der ersteren Rücksichten mitspielten, die zwar für die damalige Zeit von wesentlichem Einflusse waren, die aber eine dauernde Einwirkung auf die Rechtsbildung nicht geübt haben [3]) und schon um deswillen nicht üben konnten, weil die amende de Justice in ihrer Anwendung weniger der Rechtsüberzeugung als dem finanziellen Interesse der Gerichtsherren entsprang [4]), die von ihr mehr zum Vortheile ihrer Einnahmen als zum Vortheil der Rechtspflege Gebrauch machten [5]).

Für die Entwicklung der Verantwortlichkeit des Eigenthümers von Thieren gegenüber dem Verletzten bleibt daher die amende de Justice außer Betracht [6]).

Als schlichte amende für den Fall der Beschädigung fremden Kulturlandes begegnen uns nun in den coutumes

1) Natürlich kommt es häufig vor, daß der Verletzte zugleich auch seigneur de la Justice ist. Dann fallen amende de Justice und amende simple zusammen.

2) Das Gleiche kann von den deutschen Rechtsquellen gelten; Beispiele in fast allen Weisthümern. Vergl. auch Ldr. Ssp. II 47 § 2.

3) L. Stein, Gesch. des franz. Strafrechts und des Proz. (Warnkönig u. Stein, Franz. Staats- und Rechtsgesch., Bd. 3, 1846), S. 510 ff.

4) Lehrreich die Vergleichung von a. 223 in der Redaktion der C. de Blois von 1523 (III 1047 ff.) mit der früheren Fassung (procès-verbal: III 1100 ff.).

5) Ein anschauliches Bild dieser Art von Rechtspflege für das 11. Jahrhundert entwirft Bouthors, Coutumes locales du bailliage d'Amiens, Tome 1, 1845, p. 23 ss. Für die Folgezeit vergl. L. Stein, Gesch. des franz. Strafrechts, S. 509 ff.

6) Vergl. die Entwicklung in den beiden Redaktionen der C. d'Orléans von 1509 (III 735 ff.) a. 150, 151 und von 1583 (III 775 ff.) a. 156, 159.

zwei Bußzahlen: eine amende von 60 sols [1]), wenn menschliche Schuld in Frage kommt [2]), und eine amende von meist 5 sols [3]) [die daher auch vielfach bloß als amende coutumière, amende de loi bezeichnet wird] [4]), [seltener $7^1/_2$ sols [5]),

---

1) C. de Touraine (B. de R. IV 599 ff.) 35, 17, C. de Lodunois (IV 711 ff.) 19, 2, C. de la Marche (IV 1101 ff.) a. 348, C. d'Auvergne (IV 1160 ff.) ch. 28 a. 1, C. de Troyes (III 237 ff.) X 169, 171. C. de Chaulmont en Bassigny (III 351 ff.) a. 102 ss., C. de Meaux (III 381 ff.) a. 178 ss., C. de Sens (III 505 ff.) a 152, C. d'Auxerre (II 593 ff.) a. 266. Früher auch die C. de Blois a. 223 (vergl. procès-verbal von 1523, III 1100 ff.), C. de Ponthieu (I 81 ff.) a. 100 ss., C. d'Amiens (I 113 ff.) a. 82, C. de Bourgogne (Giraud, Essai II 268 ff.) a. 71, C. de Saigneville (C. loc. du baill. d'Amiens par Bouthors I 419) a. 5, C. de Ocoche (Bouthors II 148) a. 7.

2) Ausnahmsweise auch ohne das zum besonderen Schutz von z. B. Schonungen, C. de Touraine (IV 599) 35, 17, C. d'Amiens (I 113) a. 82, C. d'Artois (I 243 ff.) a. 36.

3) In der C. de Bretagne heißt diese assise (B. de R. IV 199 ff., ch. 272, IV 291 ff. a. 382), C. de Lodunois (IV 711 ff.) XIX a. 1, C. de Troyes (III 237 ff.) X 171, C. de Chaulmont en Bassigny (III 351 ff.) a. 102 ss., C. de Meaux (III 381 ff.) a. 178 ss., C. de Sens (III 505 ff.) a. 152, C. d'Auxerre (III 593 ff.) a. 266, C. de Chateauneuf en Thimerais (III 679 ff.) a. 150, C. d'Orléans (III 735 ff.) a. 148, C. de Lorris de Montargis (III 829 ff.) IV 10, 19, C. de Mehung-sur-Evre (III 926 ff., III 1, C. de Bourbonnais (III 1193 ff.) XI 1, C. de Ponthieu (I 81 ff.) a. 100 ff., C. d'Artois (I 243 ff.) a. 35, C. de St. Omer (I 284 ff.) a. 21, C. de Bourgogne (Giraud, Essai II 268 ff.) a. 71, C. d'Adinfer (Bouthors, II 270) a. 25.

4) C. de Touraine (IV 599) 35, 16, C. de Lodunois (IV 711) 37, 11, C. de Chartres (III 703) a. 115, C. de Berry (III 935) X 3, C. loc. de Blois (III 1078 ff.), C. de Sens (III 483) a. 138.

5) C. de Poitou von 1559 (IV 775 ff.) a. 76 [die C. de Poitou von 1514 (IV 743 ff.) a. 58 hat eine Summe von 17 sols 6 den. tourn.; ich vermuthe hier einen Druckfehler], C. de Bordeaux (IV 889 ff.) a. 108, C. de Blois (III 1047 ff.) XIX 223 (dagegen die c. locales der Grafschaft Blois haben meist 5 sols (III 1078 ff.), C. de Ponthieu (I 81 ff.) a. 100 ff., C. d'Amiens (I 113 ff.) a. 82.

oder 4 sols [1])], wenn es sich um Vergehen des Viehs ohne menschliche Mitwirkung handelt, Fälle, welche typisch als à garde faite und à échappée unterschieden werden.

Die amende hat ursprünglich Strafnatur [2]), und zwar bestraft, wie die große amende menschliches Verschulden, so die kleine amende ein Verschulden des Thieres. Trifft dieses daher keine Schuld, sei es daß es sich verirrt hat oder daß es vor Raubthieren fliehen mußte, so ist auch keine amende verfallen [3]). Indes herrscht das strafrechtliche Element in der amende nicht ausschließlich, vielmehr hat sie den Charakter der alten compositio [4]), enthält also mit der Strafe zugleich Schadensersatz, so daß neben ihr ein solcher nicht gefordert werden kann [5]).

Mit dem Fortgange der Entwicklung wird sie endlich rein civilistischer Natur [6]), bloßer Schadensersatz, dessen Eigenheit

---

1) C. de Bordeaux (IV 889 ff.) a. 109, C. de Melun (III 434 ff.) a. 307. Auch andere Zahlen kommen, aber nur vereinzelt, vor.

2) Charakteristisch tritt das noch hervor in der C. de Bourgogne (Giraud, Essai II 268 ff.) a. 71: Item, La chieure prise en revenue pert la langue, le boeuf ou le cheuau V s. et en garde facant LXV s. (Bemerkenswerth ist hier, daß die thierische Schuld nicht durch die menschliche konsumirt wird, daher 60 + 5 sols.) Für die sächsischen Rechtsquellen vergl. Hammer, Schadensersatz, S. 94.

3) Très-anc. c. de Bretaigne (IV 199), C. d'Orléans (III 735) a. 150.

4) Schäffner, Rechtsverfassung Frankreichs, Bd. 3 S. 431.

5) Très-anc. c. de Bretaigne (IV 199) ch. 272, 283, C. de Bretagne von 1589 (IV 291 ff.) a. 385, C. de Poitou (IV 743 ff.) a. 62, C. de Chartres (III 703) a. 115. So erscheint sie auch bei Beaumanoir 69, 6 (II 486): je sui tenus, à rendre le damace, et r'ai me beste, l'amende du meffet paiée. Hierauf wird man wohl auch die Worte Stein's (a. a. O. S. 183) nicht beziehen dürfen.

6) Für eine andere Funktion der amende vergl. Schäffner, Rechtsverf. Frankreichs, Bd. 3 S. 250, 251.

nur darin besteht, auf eine bestimmte Summe fixirt zu sein [1]) [2]), entweder schlechtweg [3]) oder aber — und zwar meistens — so, daß bis zu dieser der alten amende entsprechenden Höhe der Schade durch Eid des Geschädigten bewiesen werden kann [4]), wie früher, um die amende zu erhalten, bloß die prise beschworen zu werden brauchte [5]). Dieser fixe Schadensersatz behält in manchen Rechten den Namen der amende bei [6]), während andere ihn fallen lassen, und eben nur die Höhe der Ersatzsumme noch an die alte amende erinnert [7]).

1) Daher läßt z. B. die C. de Bretagne von 1539 (IV 291 ff.) a. 389 die assise nur dann verfallen, wenn die Höhe des Schadens nicht festzustellen ist; ist sie es, so kann nur der wirkliche Schaden gefordert werden.

2) Analog die Einung in deutschen Weisthümern. Grimm I 419, 420, III 585, IV 527, 25, VI 56. 69, 25. 286, 16. Dorfordnung zu Ingersheim, 25 ff. (Zeitschr. f. Gesch. des Oberrh., Bd. 1 S. 13). „Mult" Oest. W., Bd. 4 S. 31, 40, 62, 63, 81, 88, 118. Vergl. Oest. W., Bd. 5 S. 50.

3) C. de Lorris de Montargis (III 829 ff.) ch. IV a. 19.

4) C. d'Aujou (IV 529 ff.) a. 183, C. de Lodunois (IV 711 ff.), XIX 1, C. de Bordeaux (IV 889 ff.) a. 108, C. de Melun (III 434 ff.) a. 307, 308, C. d'Orléans von 1509 (III 735 ff.) a. 148, C. de Lorris de Montargis (III 829 ff.) IV a. 10, C. de Mehung-sur-Evre (III 926 ff.) III 1, C. de Berry (III 935 ff.) X a. 1. Eine andere Form in der C. de Bourbonnais (III 1193 ff.) XI a. 1: hier bestimmt den Schaden der Eid des Thiereigenthümers; der Geschädigte hat das Recht des Gegenbeweises nur, wenn er behauptet, der Schade übersteige 5 sols tournois. In der C. de Blois (III 1047) a. 217 bis zu jeder Höhe; ebenso C. de Nivernois (III 1123 ff.) ch. 25.

5) C. de Brétagne von 1539 (IV 291 ff.) a. 382, C. de Poitou (IV 743 ff.) a. 58, C. de la Marche (IV 1101 ff.) a. 349, C. de Bourbonnais (III 1193 ff.) XI 1.

6) So z. B. die C. d'Orléans von 1509 (III 735) a. 148, C. d'Autroche (III 1099). Vergl. die Definition bei Merlin, Répertoire s. v. amende.

7) C. d'Anjou (IV 529 ff.) a. 183, C. de Bordeaux (IV 889 ff.) XI 108, C. d'Orléans von 1583 (III 795 ff.) a. 158, C. de Berry (III 935 ff.) X a. 1, C. de Lodunois (IV 711 ff.) 29, 1, C. de Lorris de Montargis (III 829 ff.) IV 10, C. de Mehung-sur-Evre (III 926 ff.) III a. 1.

Ein Moment dagegen hat auch die civilistische amende von der alten [1]) beibehalten: auch sie bleibt mit der handhaften That verbunden, so daß sie nur im Fall der Ergreifung, oder was ihr gleich gestellt wurde [2]), gefordert werden konnte [3]) [4]).

5. Die entschiedene Tendenz der deutschen Rechtsentwicklung geht also dahin, den Eigenthümer für den durch Gegenstände seines Eigenthums angerichteten Schaden unbedingt civilrechtlich verantwortlich zu machen. Der Unterschied der Fälle der

1) Très-anc. c. de Bretaigne (IV 199) ch. 280: Nul ne nulle ne doit ne ne peut avoir amende ne assise, par coustume, s'il ne peut vanter qu'il ait eu ou prins, ou autre pour lui, les avoirs ou les bestes, dont il ait eu plege ou gaige, ou qu'ils ayent esté forces; mais il peut bien avoir le dédommaige.

2) C. de Lorris de Montargis (III 829 ff.) IV a. 19, C. de Bourges (III 905 ff.) X a. 2, C. d'Yssouldun (III 915 ff.) VIII 2, C. de Berry (III 935 ff.) X a. 3. Aehnlich im Ldr. Ssp. II 47 § 3: Folge bis an das Haus des Eigenthümers mit 2 Nachbarn. Diese sind hier, was sonst im Verfahren um handhafte That, die sogen. Schreimannen. Vergl. Oest. W., Bd. 4 S. 40, 41, Bd. 8 S. 931.

3) Dieser Gedanke findet sich auch in den deutschen Rechten (vergl. Behrend, Stendaler Urtheilsbuch, S. 80). Vielleicht hängt er mit der alten Anschauung zusammen, wonach, wenn auf handhafter That ergriffene Thiere sich befreien konnten, dies als Lösung galt und der Herr sie nicht mehr zu lösen brauchte, also nicht mehr verantwortlich gemacht werden konnte. Oefnung von Oberwinterthur (Grimm, Bd. 1 S. 127), Benker Heidenrecht 21 (Grimm, Bd. 3 S. 42). Der sieben freien Hagen Recht 12 (Grimm, Bd. 3 S. 308). Vergl. Gierke, Humor im Recht, S. 62.

4) Eine Bestimmung, welche schon die letzten Spuren des strafrechtlichen Elements der amende abgestreift hat, enthalten einzelne coutumes des Südens. (Dagegen, daß diese durch römischrechtlichen Einfluß entstanden sein könnte, spricht der Umstand, daß gerade im römischen Recht die noxalen Klagen bis zuletzt pönalen Charakter bewahrt haben.) So z. B. C. de Sole (IV 979 ff.) tit. 15 a. 3: Et si senhor deu bestiar pot far apparer, que autre bestiar y aye estat affar lo dampnadge, fara dedusir et rabatre deudict dampnadge, segond lo nombre et quantitat deu bestiar qui aura estat à far lo dampnadge; aussi lo dampnageat qui vol estre pagat de la tale, es tengut de jurar si la partide lo requer, que no sap que autre bestiar y sie estat à far lodeit dampnage. Vergl. C. de la Bourt (IV 967 ff.) tit. III a. 31.

handhaften und der nicht handhaften That kann daher für die Existenz dieser Haftung nicht mehr von Bedeutung sein; der bloße Umstand, daß durch jene Gegenstände ein Schaden angerichtet ist, genügt, um die Rechtsfolge der Haftung ihres Eigenthümers auszulösen. Nicht mehr die Begleitumstände der That, sondern diese selbst ist das Entscheidende; und die Kausalität zwischen ihr und der Verantwortlichkeit des Eigenthümers wird gesetzt lediglich durch das Moment des Eigenthums[1]). Die Entwicklung geht also dahin, den Eigenthümer für alle durch sein Eigenthum verursachten Beschädigungen, auch im Fall der handhaften That, civilrechtlich verantwortlich zu machen[2]).

Nur in einer Beziehung behielt, wie bereits erwähnt[3]), dieser Fall seine Bedeutung, nämlich für die Realisirung des gegen den Eigenthümer zu richtenden Anspruchs.

---

1) Die ursprünglich ununterschiedenen Gewaltverhältnisse haben mit ihrer Differenzirung auch zugleich ihre rechtliche Bestimmtheit gefunden; sie sind nicht mehr als solche das allein rechtlich Interessirende, sondern nur mehr der thatsächliche Ausdruck der ihnen zu Grunde liegenden juristischen Beziehungen, auf welche zurückzugehen die rechtliche Betrachtungsweise sich mehr und mehr gewöhnt. Vergl. Huber, Bedeutung der Gewere (1894), S. 45 ff., 68 ff.

2) Schon Grimm, Weisthümer, Bd. 1 S. 73, 74, 217, 221, 237, 280, Bd. 3 S. 133, 698. 39, Bd. 4 S. 401, 405, 410. 11, 421, Bd. 5 S. 148, 174, Bd. 6 S. 53; Oest. W., Bd. 1 S. 149. 30, 344, Bd. 2 S. 65, Bd. 3 S. 220, 348, Bd. 4 S. 63, 82, 113, 134, 330, Bd. 5 S. 115, 125, 144, 182, 289, 311, 656, 777, 781, Bd. 6 S. 367, 447, Bd. 7 S. 186, 187, 227, 296, 554, 807, 828, 850, Bd. 8 S. 61, 207, 363, 364, 449, 921, 979, 1000, 1005, 1115; Ldr. Ssp. II 40 § 1, 4; Ldr. Swsp. 315 v. 6 ff.; Hamb. Stat. v. 1603 II 68 (vergl. hierzu Hoffmann, Haftung f. außerkontr. Schadenszuf. x. S. 43 ff.); Willkür von Rügenwalde (Schott, Sammlungen, Bd. 2 S. 91 ff.) Art. 28; Freiberger Stadtrecht (Schott, Sammlungen, Bd. 3 S. 141 ff.) 49, 7. 9 ff. Ferner die Citate, S. 278; vergl. hierzu das Parlamentsurtheil von 1273 (Les Olim, Bd. 1 S. 942) n. 43.

3) S. 279.

Schon früh war, vermöge der Möglichkeit, durch die Zurückbehaltung des ergriffenen Thieres einen Druck auf den Eigenthümer auf Lösung desselben, d. h. also jetzt Ersatz des angerichteten Schadens, auszuüben[1]), die Ergreifung selbst, vermöge der durch sie erlangten Sicherung, als Pfändung aufgefaßt und bezeichnet worden.

Wie sie für den Beweis des Schadens von Erheblichkeit war, sei es daß sie ihn erleichterte[2]), sei es daß sie seine unbedingte Voraussetzung war[3]), so verhalf sie auch zum Ersatze selbst, sei es daß dieser durch den öffentlichen Verkauf des Thieres erfolgte[4]) oder daß der Pfänder das Thier zu eigen behalten durfte[5]). —

Mit der Ausscheidung des Gedankens strafrechtlicher Sühne aus der Verantwortlichkeit des Eigenthümers entfiel ferner auch die Grundlage, auf welcher die diesem gelassene Möglichkeit der Preisgabe des Thieres an den Verletzten erwachsen war.

Gemäß der Folgerichtigkeit seines Entwicklungsganges hätte daher vielleicht schon damals das deutsche Recht dazu gelangen müssen, mit ihrer Grundlage auch diese Möglichkeit aus dem Rechtsleben verschwinden zu lassen.

---

1) So hatte schon die lex Burgundionum 46, 2 den Eigenthümer, der die Thiere nicht auslöste, auf seine Gefahr handeln lassen, auch wenn z. B. der Pfänder sie tödtete. Vergl. oben S. 259.

2) Der Pfändende ist näher zum Beweise. Vergl. z. B. Blume v. Magdeburg II 2, 283 (ed. Böhlau, S. 151).

3) S. 279. Vergl. noch Hammer, Lehre vom Schadensersatz, S. 92.

4) Vergl. W. zu Zimmerbach (Grimm, Bd. 4 S. 205). So auch die C. de Poitou (B. de R IV 743ff.) a. 59. Ebenso der code rural a. 12, jetzt frz. Ges. v. 4. IV. 1889 a. 1 Abs. 2; Pr. Feld- und Forstpolizeiges. v. 1. IV. 1880 §§ 85, 86.

5) v. Amira, Obligationenr., Bd. 1 S. 147, Bd. 2 S. 259; Ldr. Ssp. II 40 § 4. Vergl. die Oefnung von Oerlikon (Grimm, Bd. 1 S. 74).

Allein gerade in diese Periode fiel die Rezeption des römischen Rechts. Und obwohl dessen Institut der **noxae datio** in dem System der klassischen Jurisprudenz [1]) auf einem völlig anderen Rechtsgedanken beruhte, so hat dennoch die äußere Aehnlichkeit mit dem deutschen Recht in dieser Materie sicher viel dazu beigetragen, dem römischen Recht gerade hier das Eindringen zu erleichtern und damit der Weiterentwicklung des deutschen Rechtes auf diesem Gebiete auf längere Zeit ein Ende zu bereiten.

II. Das römische Recht.

Die Entwicklung der Verantwortlichkeit des Eigenthümers für seine Thiere, die in ihren einzelnen Phasen zu verfolgen die deutschrechtlichen Quellen gestatten, hat sich im römischen Recht schon in vorhistorischer Zeit abgespielt. Bereits die erste sichere Kunde läßt sie als abgeschlossen erscheinen; und über den Standpunkt der 12 Tafeln hinaus hat es die weitere Ausgestaltung auch der klassischen Jurisprudenz nicht zu bringen vermocht [2]). Indessen sind uns doch Spuren der früheren Entwicklung erhalten, aus denen der Schluß gezogen werden kann, daß diese der des deutschen Rechts ziemlich parallel verlaufen sein muß.

Zunächst kann als ziemlich sicher gelten, daß auch im römischen Recht die Verantwortlichkeit des Eigenthümers nicht

1) Daß es in seinem Ursprunge dem deutschen Rechte wesensverwandt war, soll damit nicht geleugnet werden.

2) Zum Folgenden ist hauptsächlich zu vergleichen Girard, Les actions noxales in der Nouvelle Revue Historique, Tome 11 p. 409—449, XII p. 31—58. Dazu Kipp in der Zeitschr. der Sav.-Stift., Rom. Abth., Bd. 10 S. 397 ff. Die jüngste Erlanger Inaug.-Diss. v. J. Hieronimi, Die Haftung des Eigenthümers für seine Thiere nach römischem Recht, 1897, hat selbständige Bedeutung nicht.

von Anfang an civilistisch gewesen, daß sie vielmehr auf dem Boden des Strafrechts erwachsen ist [1]).

Noch im klassischen Recht wird verlangt, daß eine Schuld — oder was man so nennen will [2]) — auf Seiten des Thieres vorgelegen haben muß, um den Eigenthümer noxal verantwortlich zu machen. Ist das Verhalten des Thieres vorwurfsfrei, so braucht der von ihm angerichtete Schaden nicht ersetzt zu werden. Daher wird auch beim Thier Nothwehr als schuldausschließend anerkannt [3]), daher auch in dem Falle, wo zwei von Maulthieren gezogene Wagen hinter einander einen Berg hinauffahren und der vordere Wagen durch Zurückrollen auf den hinteren stößt, so daß durch diesen ein Knabe überfahren wird, untersucht, ob das Zurückweichen der Maulthiere des vorderen Wagens entschuldbar war oder nicht [4]) [5]).

---

1) Ihering, Geist des r. R., Bd. 1 (3. Aufl.) S. 130 ff.; Girard, N.R.H. XII p. 36 ff. Vergl. Pernice, Labeo, Bd. 1 (1873) S. 171.

2) Die Quellen nennen im Gegensatz zur menschlichen culpa, aber ganz parallel zu ihr, die des Thieres vitium. Vergl. fr. 52 § 3 D. (9, 2): si culpa hominis factum esset ... non debere praestari; si vitio bovis, debere. Daß die Bemerkung Ulpian's fr. 1 § 3 D. (9, 1) nicht dagegen beweist, ist heute nicht mehr bestritten. Vergl. Dernburg, Pandekten, Bd. 2 (3. Aufl.) § 133 S. 355 Note 5.

3) Fr. 1 § 11 D. (9. 1). Vergl. Grotius, De jure belli lib. I cap. 2 § 3 n. 2. Pothier, Pand. Justinian., Tome 1 p 310 n. 4.

4) Fr. 52 § 2 D. ad leg. Aq. (9, 2): vermochten die Thiere den Wagen nicht mehr aufzuhalten, so haftet ihr Eigenthümer nicht, wohl aber bei plötzlichem Scheuen derselben. Die Zugthiere des hinteren Wagens sind in jedem Falle nichtschuldig.

5) Die Formulirung Eisele's, Haft. des Eig. f. d. durch sein Thier verursachten Schaden, in diesen Jahrb., Bd. 24 S. 493, daß gemäß fr. 52 § 2 cit. eine „positive Aktion" des Thieres zur Begründung der a° de pauperie erfordert werde, ist offenbar unrichtig. S. 492 trägt er selbst auf Grund der gleichen Quellenstelle vor, daß die Noxalklage auch durch ein Nichtthun, das Nichtmehrziehen der Thiere, begründet werden kann. Es kommt eben auf die Qualität des thierischen Thuns oder Nichtthuns an.

Dafür, ob im einzelnen Falle das Verhalten des Thieres als vitiös zu bezeichnen ist, haben einzelne Quellenentscheidungen einen Maßstab daraus zu gewinnen gesucht, wie im normalen Falle ein solches Thier auf äußere Anreizungen der in Frage stehenden Art zu reagiren pflegt [1]). —

Der Weg, auf welchem der Entwicklungsgang das strafrechtliche Element in der Verantwortlichkeit des dominus mehr und mehr durch das civilistische ersetzt hat [2]), liegt vor dem Beginne unserer Ueberlieferung. Möglich, daß der Hergang der gleiche war, wie im deutschen Recht [3]).

Zur Wahrscheinlichkeit wird diese Möglichkeit durch den Umstand, daß wie im deutschen, so auch im römischen Recht das Moment der Gewaltausübung, das in potestate esse, als kausal für die Verantwortlichkeit gesetzt [4]), und daß diese letztere, wie im deutschen Recht, nicht eine formelle, sondern eine materielle ist [5]).

Auch die Möglichkeit der Preisgabe des Schuldigen an den Verletzten finden wir im römischen Recht wieder. Dagegen ist das zeitliche Verhältniß der noxae datio zu dem dem römischen Rechte — wenigstens in dieser scharfen Aus-

---

1) Fr. 1 § 7 D. si quadr. (9, 1). Darüber, daß die Formulirung, es müsse das Thier contra naturam sui generis gehandelt haben, auf mißverständlicher Benutzung dieser Stelle beruht, vergl. Eisele, S. 481 ff., 488 ff.

2) Noch in den Rechtsbüchern Justinian's ist die a° noxalis Pönalklage, daher passiv unvererblich. Fr. 1 § 17 D. si quadr. (9, 1). Ungenau Dernburg, Pand., Bd. 2 (3. Aufl.) § 133 S. 356.

3) So denkt ihn sich auch Girard, N.R.H. XII p. 44 ff. Vergl. auch v. Wyß, Haftung f. fremde culpa, S. 18, 19.

4) Fr. 21 §§ 2, 3 D. de nox. act. (9, 4). Vergl. oben S. 241 Note 2.

5) v. Wyß, Haftung f. fremde culpa, S. 11 ff., 31 ff.; Girard l. c. p. 32 ff.

gestaltung — eigenthümlichen Gedanken, daß noxa caput sequitur [1]), aus den Quellen nicht festzustellen.

Beiden gemeinsam ist, daß sie die Kausalität von potestas und Haftung voraussetzen. Und beide müssen auch zu einer Zeit entstanden sein, wo die Verantwortlichkeit des Gewalthabers — wie die auf dem Gebiete des Sakralrechts sich findende Analogie beweist [2]) — noch eine strafrechtliche war [3]).

Allein wenn der noxae datio auch noch zur Zeit der XII Tafeln der Gedanke zu Grunde gelegen hat, durch Auslieferung des Thäters die Rache des Verletzten von sich abzulenken [4]), so ist sie jedenfalls durch die spätere Jurisprudenz als Ausdruck eines anderen Rechtsgedankens aufgefaßt worden.

Mit der Periode der XII Tafeln beginnt nämlich jene streng individualistische Entwicklung des Privateigenthums im römischen Recht [5]), welche in einem so schroffen Gegensatze zu der sozialen Natur des deutschrechtlichen Eigenthums geendet hat.

Mit dem völligen Siege des Prinzipes der von jeder gemeinwirthschaftlichen Gebundenheit freien Individualwirthschaft im römischen Privatrechte erscheint das Recht des Eigenthums in seinen einzelnen Ausgestaltungen als Domäne des

---

1) § 5 J. de nox. act. (4, 8), fr. 1 § 12 D. si quadrup. (9, 1), C. 1 C. de nox. act. (3, 41). Gai. IV 77; Paull. II 31 §§ 8, 9.

2) Mommsen, Römisches Staatsrecht I 1 (2. Aufl. 1876) S. 243 zu Note 1, II 1 (1874) S. 52, III 1 (1887) S. 45 Z. 2, III 2 (1888) S. 1167; Pernice, Labeo, Bd. 1 S. 171; Kuntze, Der Parallelismus des jus publicum und privatum bei den Römern, Leipziger Universitätsprogramm 1889, S. 16 Nr. II.

3) Die Formulirung noxa caput sequitur gemahnt in ihrer Redeweise selbst noch an religiöse Anschauungen.

4) Vergl. Gai. IV 75, § 2 J. de nox. act. (4, 8).

5) M. Weber, Römische Agrargeschichte, 1891, S. 114 ff. Vergl. Arnold, Kultur und Recht der Römer (1868), S. 175; Esmarch, Röm. Rechtsgeschichte, S. 136 ff. Zu optimistisch jedenfalls M. Voigt Röm. Rechtsgesch., Bd. 1 (1892) S. 86.

unbeschränkten Waltens des Sonderinteresses, für welches soziale Rücksichten in keiner Weise in Betracht zu kommen vermögen [1]).

Eine Entwicklung der Verantwortlichkeit des Eigenthümers, durch welche diesem unter Umständen aus seinem Eigenthumsrecht nicht bloß Rechte, sondern auch Pflichten hätten erwachsen können, wäre mit dem Geiste jener Rechtsbildung unvereinbar gewesen. Aus dem römischen Eigenthum sollte dem Eigenthümer ein rechtlicher Nachtheil nicht entstehen können.

In diesem Sinne fügten denn auch die klassischen Juristen das Institut der noxae datio, das noch aus einer überwundenen Stufe der Rechtsentwicklung in ihre moderne Rechtswelt hinüberragte, in ihr Rechtssystem ein. Ein Gegenstand kann seinem Eigenthümer niemals mehr Schaden, als Nutzen bringen; übersteigt also der durch ein caput noxium angerichtete Schade dessen Werth, so muß der Eigenthümer das Recht haben, sich durch Preisgabe desselben zu befreien [2]).

Wie die noxae deditio, so trägt die actio de pauperie überhaupt noch ganz den Charakter der Epoche, in welcher sie entstand, einer Epoche, in welcher noch Privatrecht und öffentliches Recht nicht geschieden waren, und daher selbst bei den Instituten, welche wesentlich den Sonderinteressen dienen sollten, Inhalt wie Umfang noch durch die Interessen der Gesammtheit mitbestimmt wurden. Der Geist des späteren römischen Privatrechts war ein anderer; und so nimmt denn die aus einer früheren Zeit fast unverändert überkommene a° de pauperie eine Ausnahmestellung innerhalb des römischen Schadensersatzrechtes ein. Mit dem

---

1) Vergl. f. 24 § 12 D. de damno inf. (39, 2), fr. 21 D. de aqua et aquae pluviae arc. (39, 3), fr. 55 D. de R. J. (50, 17).

2) fr. 61 § 5 D. de furtis (47, 2): non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit. fr. 7 § 1 D. de damno inf. (39, 2). Vergl. Pernice, Labeo, Bd. 1 S. 171.

Gedanken, auf dem jenes aufgebaut war, nur ein schuldhaft angerichteter Schade verpflichte zum Ersatze, war die Verpflichtung des Eigenthümers, der lediglich auf Grund seines Eigenthums haftete, nicht zu vereinigen [1]).

Die gemeinrechtliche Jurisprudenz hat, worauf weiter unten einzugehen sein wird, bekanntlich versucht, diesen Zwiespalt als nicht vorhanden darzustellen, und demgemäß die Anschauung verfochten, auch die Haftung des Eigenthümers beruhe auf einer culpa desselben.

Ob nicht schon den Entscheidungen klassischer Juristen dieser Gedanke stellenweise mehr oder weniger unbewußt zu Grunde gelegt worden ist, läßt sich nach dem verhältnißmäßig dürftigen Quellenmaterial nicht entscheiden.

Indessen erregt besonders das fr. 2 § 1 D. si quadr. (9, 1) Zweifel in dieser Hinsicht. Wenn Paulus hier referirt: **Si quis aliquem evitans, Magistratum forte, in taberna proxima se immisisset, ibique a cane feroce laesus esset, non posse agi canis nomine quidam putant; at, si solutus fuisset, contra** — so bildet offenbar die Richtschnur der Beurtheilung die Frage, ob den Eigenthümer des Hundes eine Schuld trifft oder nicht. Aus dem Umstande, ob auf Seiten des Gebissenen eine Schuld vorliegt, wird sich die Entscheidung jedenfalls so, wie sie gegeben ist, nicht rechtfertigen lassen [2]), selbst wenn man auch wirklich die Thatsache, daß Jemand vor einem Beamten sich in ein Wirthshaus rettet, als culpa bezeichnen wollte.

---

1) Später scheint man hierfür eine Formulirung gesucht zu haben, die dem rein privatrechtlichen Charakter des klassischen Rechts besser zu entsprechen schien; ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet. Fr. 149 D. de R. J. (50, 17). Vergl. v. Wyß, Haftung für fremde culpa, S. 80, 81.

2) Anders Eisele, S. 494, 495, allerdings mit Beschränkung auf die Mehrzahl der Fälle.

Auch in den Entscheidungen, welche uns die lex Romana Burgundionum [1]) ausdrücklich als aus des Paulus Sententiae I 15: si quadrupes pauperiem fecerit stammend überliefert hat, wird lediglich das Moment der culpa des dominus betont, und je nach dessen Vorliegen die Haftung bejaht oder verneint [2]).

Indessen durchgedrungen ist dieser Gedanke im römischen Rechte jedenfalls nicht. Lag eine Schuld des Eigenthümers vor, so war er, wie verschiedene Entscheidungen der Quellen außer Zweifel stellen, nicht noxal, sondern unbeschränkt schadensersatzpflichtig [3]).

III. Die modernen Rechte.

1. Der Einfluß des römischen Rechts.

Ueber den Grund, aus welchem das römische Recht den Eigenthümer für den durch seine Thiere angerichteten Schaden haftbar machte, hat die gemeinrechtliche Jurisprudenz die verschiedensten Auffassungen verfochten [4]).

Von nachhaltiger Bedeutung ist jedoch nur die gewesen, welche um die Wende des vorigen Jahrhunderts die herrschende war. Danach soll jene Haftung auf eine präsumirte culpa des Eigenthümers zurückzuführen sein.

„Wer ein Thier besitzt, welches contra naturam zu schaden pflegt, sollte es abschaffen oder verwahren, weil Niemand bei einer Rencontre auf dergleichen vorbereitet ist. Thut er es nicht, so ist er im Zweifel in culpa. So kann der

1) Lex Rom. Burg. XIII 2, 3.

2) Weitere Beispiele bei Girard, N.R.H. XII p. 50.

3) Fr. 1 § 4, 5, 6 D. si quadrupes (9, 1), fr. 52 § 2, 3 D. ad leg. Aq. (9, 2).

4) Die ältere Literatur bei Glück, Pand., Bd. 10 S. 287 ff.

rohe Verstand zu den Zeiten der 12 Tafeln sehr gut raisonnirt haben, und hat es auch wahrscheinlich gethan ...." [1]).

Dieser so als römischrechtlich betrachtete Rechtsgedanke hat auf die neuere Gesetzgebung und Jurisprudenz einen maßgebenden Einfluß ausgeübt.

Seine Formulirung in den einzelnen Kodifikationen war allerdings verschieden.

Auf dem gemeinsamen Boden stehend, daß die culpa des Eigenthümers zur Voraussetzung des gegen ihn zu richtenden Anspruches gehört, stellen die einen für ihr Vorhandensein eine praesumtio juris auf, während die anderen den Nachweis dafür vom Kläger verlangen.

Den ersteren Standpunkt vertreten der Bayrische Entwurf [2]), der Dresdener Entwurf [3]), das Sächsische B.G.B. [4])

1) Thibaut, Versuche, Bd. 2 (1801) S. 221, 222. Wörtlich wiederholt von Glück, Bd. 10 S. 289, 290. Gesterding, Rechtsverh. in Beziehung auf fremde Thiere, in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz., Bd. 4 S. 261 ff. theilt zwar diese Grundanschauung, ist aber für die Zeit der 12 Tafeln anderer Ansicht (S. 266 ff.). Der letzte, der sie noch vertritt, ist Wächter, Pand., Bd. 2 § 495.

2) Art. 948 Abs. 2: „Den durch Hausthiere verursachten Schaden hat derjenige zu ersetzen, welcher sie hält oder vorübergehend im Besitze hat, sofern er nicht nachweisen kann, daß er das Thier gehörig beaufsichtigt und verwahrt habe."

3) Art. 1025 Abs. 2: „Wer ein Hausthier hält, haftet für den von demselben verursachten Schaden, wenn er das Thier nicht gehörig verwahrt und beaufsichtigt hat. Daß ... das Hausthier in der erforderlichen Weise verwahrt oder beaufsichtigt worden sei, hat derjenige, welcher das Thier hält, zu beweisen."

4) § 1561: „Haben Hausthiere Schaden angerichtet, so haftet derjenige, welcher zur Zeit des Schadens deren Eigenthümer gewesen ist, für Schadenersatz. Kann er jedoch nachweisen, daß er bei Beaufsichtigung des Thieres nichts verschuldet hat, so kann er sich durch Ueberlassung des Thieres an den Beschädigten von der Ersatzpflicht befreien und wird von jeder Verbindlichkeit frei, wenn, bevor er von der Klage durch das Gericht benachrichtigt worden, ohne seine Verschuldung das Thier gestorben oder abhanden gekommen ist."

und das Schweizerische Bundesgesetz über das Obligationenrecht [1]). Sie machen den Eigenthümer verantwortlich, sofern er nicht nachweist, daß er bei Beaufsichtigung des Thieres nichts verschuldet hat — das Sächs. B.G.B. allerdings mit einer Modifikation, die noch zu besprechen sein wird.

Auf dem anderen Standpunkte stehen das Preußische Allgemeine Landrecht [2]), das Oesterreichische B.G.B. [3]) und der Hessische Entwurf [4]).

Sie erfordern vom Beschädigten den Nachweis, daß der Eigenthümer schuldhaft gehandelt hat, so daß hier die Beschädigung durch Thiere vollständig als Fall des aquilischen Delikts erscheint; wie denn das Oesterreichische B.G.B. auch in der Form durch Vermeidung eines sich auf das Eigenthum am Thier beziehenden Ausdruckes den Zusammenhang des Satzes mit seinem geschichtlichen Boden gelöst hat.

Mit dem hier überall vertretenen Grundgedanken war schlechterdings unvereinbar der Satz: **noxa caput sequitur.** Und er ist denn auch in allen neueren Kodifikationen verlassen worden.

---

1) Art. 65: „Für Schaden, welchen ein Thier anrichtet, haftet, wer dasselbe hält, wenn er nicht beweist, daß er alle erforderliche Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet habe."

2) I 6 § 73: „Bei anderen von Natur unschädlichen Thieren haftet der Eigenthümer nur für den Schaden, welcher aus der verabsäumten Aufsicht über ie entspringt." § 78: „Wenn die Thiere zweier Eigenthümer ohne weitere Anreizung einander beschädigen, so haftet nur der, welcher bei der Aufsicht über das schädlich gewordene Thier seine Pflicht vernachlässigt hat."

3) § 1320: „Wird jemand durch ein Thier beschädigt, so ist derjenige dafür verantwortlich, der es dazu angetrieben, gereizt oder zu verwahren vernachlässigt hat. Kann niemand eines Verschuldens dieser Art überwiesen werden, so wird die Beschädigung für einen Zufall gehalten."

4) Art. 670 Abs. 2: „In Ansehung der Hausthiere haftet der, welcher sie hält, für den Ersatz des einem Anderen durch ein solches Thier verursachten Schadens nur, wenn er die ihm obliegende Pflicht der Verwahrung vernachlässigt hat."

Auch das Institut der noxae datio, das auf dem Gedanken der Schuld des auszuliefernden Thieres beruht, hätte eigentlich als der Vorstellung einer Schuld des Eigenthümers widersprechend angesehen werden müssen.

Wenn das Sächsische B.G.B. — im Gegensatz zu den anderen Kodifikationen[1]) — diese Konsequenz nicht gezogen hat, wenn es vielmehr in § 1561 dem schuldlosen Eigenthümer gestattet, sich durch Hingabe des schadenden Thieres an den Beschädigten zu befreien, so ist dies nur daraus zu erklären, daß es in der noxae datio lediglich die dem schuldlosen Eigenthümer aus Billigkeit zugestandene Vergünstigung sah und sie als solche übernehmen wollte. —

Mit der Herrschaft des Schuldprinzipes auch in der Lehre von den Beschädigungen durch Thiere war für diejenigen modernen Rechte, welche sie angenommen hatten, die Einheitlichkeit im Aufbau des Rechtssystems gewonnen, welche das römische Recht hatte vermissen lassen und welche den Verfassern der Motive des ersten Entwurfs eines B.G.B. für das deutsche Reich als erstrebenswerthes Ideal erschienen war[2]).

Ein Ausbau im Geiste des deutschen Rechtes war hier überall verschmäht worden.

2. Das französische Recht[3]).

Das ältere französische Recht war, wie wir gesehen, im Einklang mit der Tendenz des germanischen Rechtes dahin

1) Nicht auf römischrechtlichen Gedanken beruhen, wie noch zu erörtern, der B.L.R.S. 1885a, noch auch die Art. 2300, 2301 des Code de Louisiane.

2) Motive zum I. Entw. (Amtliche Ausgabe) 1888, Bd. 2 S. 811.

3) Zum Folgenden ist hauptsächlich zu vergleichen: L. Josserand, De la responsabilité du fait des choses inanimées, Paris 1897, und die fast überall Widerspruch herausfordernde, aber zweifellos bedeutende Schrift von R. Saleilles, Les accidents de travail et la responsabilité civile

gelangt, den Eigenthümer schlechthin als solchen für den Schaden verantwortlich zu machen, den sein Vieh Jemandem zugefügt hatte. Von einer Schuld des Eigenthümers als Voraussetzung dieser Verantwortlichkeit war überall nicht die Rede.

Die coutumes behandelten die hierauf bezüglichen Rechtssätze von Alters unter der Rubrik des peines et amendes; und auch nachdem die amende rein civilrechtlicher Natur geworden war, behielt sie ihre Stellung im System, die noch immer an die ursprünglich strafrechtliche Natur der Verantwortlichkeit erinnerte.

Der code civil, dessen Stelle in einem großen Theile Frankreichs vordem durch das alte droit coutumier ausgefüllt war, behandelt jene Materie äußerlich entsprechend unter dem Kapitel des délits et des quasi-délits [1]) in den art. 1384, 1385 u. 1386, welche in ihren einschlägigen Theilen hier folgen.

Art. 1384 Abs. 1: On est responsable non-seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

Art. 1385: Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fut égaré ou échappé.

(essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle), Paris 1897. Die neueste Behandlung dieses Gebietes von Ch. Muteau, De la responsabilité civile (Articles 1382 et suiv. du code civil), Paris 1898, bringt zur Untersuchung der Frage nach dem Grunde der Verantwortlichkeit keine neuen Gesichtspunkte. Unvollendet ist noch eine Artikelreihe von L. Barassi, Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio in ispecial modo a mezzo di animali, in der Rivista Italiana per le scienze giuridiche, Vol. 23 u. 24.

1) Vergl. über deren Begriff Saleilles, Nr. 26—44 S. 42—65.

Art. 1386: Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.

Der erste Eindruck, den diese Bestimmungen machen, ist der, daß, nachdem Art. 1382, 1383 für das Gebiet der eigenen culpa ein Prinzip aufgestellt haben [1]), in Art. 1384 ein neues Prinzip erscheint [2]).

Das erstere erklärt jeden für verantwortlich für das eigene Verschulden, möge es nun in schuldhaftem Thun (Art. 1382) oder in schuldhaftem Unterlassen (Art. 1383) bestanden haben [3]). Damit ist das ganze Gebiet der eigenen culpa erschöpft; alles, was z. B. im vorhergehenden Abschnitte die anderen Kodifikationen über Thierschaden bestimmt haben, fällt, da es sich auf ein Verschulden des Eigenthümers bezieht, ausnahmslos unter dies Prinzip.

In Art. 1384 kündigt sich nun ein neues Prinzip an [4]): man ist verantwortlich nicht nur für eigenes fehler-

1) Art. 1382: Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. Art. 1383: Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

2) Anders Saleilles, S. 42.

3) Saleilles, Nr. 31 S. 47 ff., Nr. 40 S. 60 ff. will den Gegensatz anders fassen: in a. 1382 mache die That, in a. 1383 die Schuld verantwortlich. In a. 1382 werde keine Schuld gefordert; faute bedeute nur Imputabilität. Zweifellos ist ihm zuzugeben, daß die Fassung des Art. 1383 ungenau ist; sie bleibt dies aber auch nach seiner Auslegung. Denn eine imprudence kann sich auch in positivem Thun äußern, ein Gegensatz ist dies also ebenfalls nicht. Dem Sinn nach ist entschieden gewollt der Gegensatz, den er auch selbst S. 45 formulirt hat: Thun — Nichtthun. Saleilles' Auffassung ist in ihren praktischen Konsequenzen nur für den Gewerbebetrieb gedacht; als allgemeines Prinzip auch für das tägliche Leben ist sie praktisch undenkbar.

4) Vergl. Crome-Zachariae, Handb., Bd. 2 S. 767 Note 5.

haftes Verhalten, sondern unter gewissen Voraussetzungen auch für fremdes, sowohl von Personen, wie von Sachen.

Für Personen begreift Art. 1384 Abs. 1 diese Voraussetzungen unter dem Ausdruck: dont on doit répondre, für Sachen unter dem: que l'on a sous sa garde.

Beides ist gleichwerthig [1]): und daraus folgt, daß répondre hier einen prägnanten Sinn haben muß, daß es nicht das allgemeine „Verantwortlichsein" bezeichnen kann — ginge dies auch nicht schon aus dem Dilemma hervor, das Gesetz hier sonst die Plattheit aussprechen lassen zu müssen: man ist verantwortlich für die Personen, für die man verantwortlich ist.

Dieser prägnante Begriff von responsabilité ergiebt sich, im Hinblick auf die garde bei Sachen, als in dem alten Gegensatz des germanischen Rechts von Mundium und Gewere enthalten: dont on doit répondre bedeutet das rechtliche Herrschaftsverhältniß über Personen, garde das über Sachen [2]). Aus dieser rechtlichen Unterwerfung unter die Machtsphäre des Berechtigten zieht das objektive Recht die Konsequenz, indem es den letzteren mit der Verantwortlichkeit für Personen, wie Sachen belastet [3]).

---

1) Josserand, S. 83, Saleilles, S. 28, 31.

2) Das Wesen des Mundiums liegt noch in dem Begriffe der garde, welcher früher — gleichwerthig mit bail — nur auf Personen angewendet wurde. Schaeffner, Gesch. der Rechtsverf. Frankr., Bd. 3 S. 222 ff., Saleilles, S. 24 ff. betont die Aktivität in dem Begriffe der garde: Ce que l'on a sous sa garde, c'est ce dont on a la maîtrise extérieure, tout ce que l'on revendique comme objet d'appropriation en le défendant contre les tiers, en le couvrant sous sa mainmise, ce que l'on manie directement, dont on se sert et dont on profite.

3) Anders allerdings die gesammte Jurisprudenz, mit Ausnahme vielleicht des Reichsgerichts. Auch Josserand, S. 103 ff., und Saleilles, S. 34 ff., welche die Ansicht vertreten, daß a. 1384 Abs. 1 eine absolute Haftung ex lege begründe, führen den Grund dieser Haftung auf die Billigkeit zurück und zwar auf den Gedanken des Ausgleichs von commodum und incommodum, „que celui qui utilise les services d'une chose ou d'une personne doit supporter les risques des dégâts que ces

Eine Anwendung und Ausführung [1]) des in Art. 1384 Abs. 1 aufgestellten Grundsatzes ist in den folgenden Artikeln enthalten; die Verantwortlichkeit für Personen in Art. 1384 Abs. 2—4, die für Sachen in Art. 1385 und 1386.

Jene liegt völlig außerhalb des Rahmens dieser Erörterungen; ebenso wird auch auf Art. 1386 im Hinblick auf die Begrenzung dieser Untersuchung nicht näher eingegangen werden.

Art. 1385 spricht die Haftung dessen aus, der ein Thier sous sa garde hat, sei er nun Eigenthümer oder Nutzungsberechtigter [2]), ohne Unterschied ob es sous sa garde war oder égaré ou échappé.

---

services occasionnent" (Saleilles, S. 34). Ganz abgesehen davon, daß dieser Gedanke nur als Tendenz und nicht als Prinzip zu verwerthen ist (Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung &c., 1896, S. 30 ff.), kann man auch über die Frage, ob die strenge Haftung des Eigenthümers stets im konkreten Falle der Billigkeit entspricht, verschiedener Meinung sein (vergl. Rümelin, a. a. O. S. 51 und die von den Abgeordn. v. Buchka und Gamp bei der Plenarberathung des B.G.B. im Reichstag geltend gemachten Bedenken, Stenogr. Berichte über die Verh. des Reichstags, IV. Sess. 1895/1897, Bd. 4 (1896) S. 3062). Was die Verantwortlichkeit für Personen betrifft, so haben Josserand, S. 93 ff., und Saleilles, S. 31 ff., wenigstens für die in Art. 1384 Abs. 3 geregelte die Ansicht verfochten, daß hier keine Schuldvermuthung, auch nicht als praes. juris et de jure zu Grunde liege. Es sei vielmehr ebenfalls eine obl. ex lege. Ganz abgesehen von dieser Formulirung — welche, wenn sie eine Erklärung sein soll, in Wahrheit die Negation einer solchen ist, wenn sie bloß als technischer Ausdruck dienen soll, insofern verfehlt ist, als ja jede Obligation eine gesetzliche ist — beruht die Beweisführung auch entschieden auf einer quaternio terminorum. Daß im Einzelfall eine culpa nicht vorliegt, beweist nicht, daß das Gesetz nicht in abstracto von der Vorstellung einer solchen ausgeht, wie es m. E. überhaupt unzulässig ist, in Art. 1384 Abs. 2 und 4 ein anderes Prinzip anzunehmen, als in Abs. 3, und so die zweifellos einheitliche Konstruktion dieses Artikels zu zerreißen.

1) Anders Urtheil des R.G. vom 15. I. 1889 (Entsch. in Civils., Bd. 22 S. 385); dagegen auch Saleilles, S. 24.

2) Jemand, der selbst die bloß thatsächliche Herrschaft über das Thier ausübt, hat es nicht sous sa garde in dem oben erläuterten Sinne. Daher

Hier muß wieder vor einer Identifizirung des Begriffes der garde in beiden Anwendungen gewarnt werden[1]). In der ersten begreift sie, wie erwähnt, die rechtliche Herrschaft über das Thier[2]); in der zweiten bedeutet sie, in dem uns schon aus dem Sprachgebrauch der coutumes her geläufigen Sinne der garde faite, etwas rein Thatsächliches, die Obhut[3]).

Und wenn sonst noch ein Zweifel bestehen könnte, so bildet gerade diese Reminiscenz zugleich ein Zeichen für die historische Kontinuität des in Art. 1385 ausgesprochenen Rechtsgedankens mit dem in den coutumes entwickelten germanischen Rechte; Art. 1385 stellt das Ziel dar, dem jene Entwicklung unverkennbar zustrebte: die rein civilistische Ausgestaltung des der rechtlichen Herrschaft, dem Eigenthum immanenten Momentes der Verantwortlichkeit[4]).

Als letzte Spur, die an ihren strafrechtlichen Ursprung gemahnte, ist auch die Möglichkeit geschwunden, sich durch Preisgabe des Thieres zu befreien.

Der Art. 1385 knüpft also die Verantwortlichkeit lediglich an das Eigenthum oder Gebrauchsrecht[5]); und seine Fassung, welche in der dem code civil eigenen, von jeder Unklarheit freien Sprache diesen Gedanken ausspricht, giebt sicherlich keine

---

z. B. ein Knecht des Eigenthümers nicht für die Thiere, die er unter seiner Aufsicht hat, verantwortlich ist — vorbehaltlich natürlich eigener Schuld. Ebenso Urtheil des R.G. vom 11. XII. 1885 (Entsch. in Civils., Bd. 20 S. 318).

1) Saleilles, Nr. 15 S. 25.

2) Vergl. Josserand, S. 103; Saleilles, S. 24.

3) Das badische Landrecht übersetzt garde in beiden Fällen verschieden, aber offenbar falsch: in L.R.S. 1384 „Verwahr“, L.R.S. 1385 „Gewalt“.

4) Dies für a. 1386 bejaht von Saleilles, S. 24.

5) So auch das S. 295 Note 4 citirte Urtheil des R.G. S. 317: „Der Eigenthümer ist der gesetzliche Vertreter der ihm zugehörigen Sachen, der Schaden, welcher durch sein Thier .... einem Anderen zugefügt wird, ist so anzusehen, als hätte ihn der Eigenthümer selbst verursacht.“

Veranlassung, für jene Verantwortlichkeit nach einem anderen konstitutiven Momente zu suchen.

Wenn die große Mehrzahl der sich mit dem französischen Recht befassenden Juristen dies dennoch thun zu müssen geglaubt hat, so war hierbei jedenfalls die in der älteren gemeinrechtlichen Literatur vertretene Auffassung, den Bestimmungen des römischen Rechts liege eine Schuldpräsumtion zu Grunde, von entscheidendem Einflusse. Und zwar vielleicht weniger unmittelbar [1]), als viel mehr mittelbar.

Denn jene Auffassung beherrschte, wie bereits erwähnt, die Juristen der Zeit, in welcher der code entstand [2]). Sie kommt daher auch in den Reden, welche die der gesetzgebenden Körperschaft gemachten Vorlagen begründen sollten — den Motiven — zum Ausdruck; und zwar zu einem Ausdruck, der, mehr nach oratorischer Wirkung, als nach juristischer Präzision und Klarheit strebend, den Geist des Gesetzes nicht zu erfassen verstand [3]).

---

1) Allerdings finden wir auch hierfür Beispiele. Demolombe, Cours de code civil, XV n. 558 p. 179 erklärt es für impossible de la (die Verantwortlichkeit) comprendre, si elle était mise à la charge d'une personne, à laquelle on ne pourrait imputer aucune espèce de faute.

2) Vergl. Maleville, Analyse rais. (2. éd.), Tome 3 p. 191, 192.

3) Vielleicht giebt es keinen Fall, der schlagender die Unabhängigkeit des Gesetzes von seinen Motiven beweist und darthut, daß der Wille des Gesetzes eben nicht stets identisch ist mit dem Willen des Gesetzgebers. An sich giebt es ja bei der modernen Gesetzgebungstechnik einen Gesetzgeber im strengen Sinne überhaupt nicht. Unsere Gesetze mit ihrer Vielzahl von Urhebern, auf deren individuellen Willen nichts ankommt, ja, die sogar unter einander sich widersprechen können (auf ein Beispiel aus der Vorgeschichte des B.G.B. hat Lenel in der Deutschen Juristenzeitung, Bd. 2 S. 411 aufmerksam gemacht), sind recht eigentlich anonym. Im Allgemeinen ist das auch anerkannt. (Vergl. Fischer in der Einl. zu seiner und Henles Handausg des B.G.B., S. XXVII, XXVIII.) Aber gerade in jüngster Zeit, wo weite Kreise von dem unwiderstehlichen Drang ergriffen sind, Kommentare und Einführungen zum B.G.B. zu schreiben, welche theilweise nichts als eine Verarbeitung der Motive sind, mag die wiederholte Betonung dieses Satzes

In der Sitzung des Corps législatif vom 30. Januar 1803 sagte der Redner der Regierung Treilhard zur Begründung der in den Art. 1384—1386 geregelten Verantwortlichkeit: Ceux à qui elle est imposée ont à s'imputer, pour le moins, les uns de la faiblesse, les autres de mauvais choix, tous de la négligence; heureux encore si leur conscience ne leur reproche pas d'avoir donné de mauvais principes et de plus mauvais exemples [1]).

Der Zweifel ist nicht unbegründet, daß der Redner damit nicht überhaupt eine Theorie der fraglichen Bestimmungen, als auf culpa begründet, geben, sondern nur die markantesten darunter fallenden Beispiele treffen wollte [2]). Denn an anderer Stelle führt er dieselben Bestimmungen auf ein anderes Prinzip zurück: Les engagements de cette espèce sont fondés sur ces grands principes de morale si profondement gravés dans le coeur de tous les hommes, qu'il faut faire aux autres ce que nous désirerions qu'ils fissent pour nous dans les mêmes circonstances et que nous sommes tenus de réparer les torts et les dommages que nous avons pu causer [3]).

Auch die von Bertrand de Greuille in der Sitzung

---

nicht überflüssig erscheinen. Es kann daher nicht scharf genug der Vergleich zwischen dem Zusammenhang des Gesetzes mit seinen Motiven und dem einer privaten Willenserklärung mit dem Willen des Erklärenden abgelehnt werden, den Schäfer neuerdings in Gruchot's Beiträgen, Jahrg. 41 (1897) S. 231 ziehen will; es ist nicht richtig, daß „das vom Gesetzgeber gesprochene Wort genau so gut, wie jedes andere nur das Mittel zur Wiedergabe eines bereits (scil. im Gesetzgeber) vorhandenen Gedankens ist, der, sofern er überhaupt mit der Fassung vereinbar ist, ... für die Auslegung .... entscheidend ist". (Mit Schäfer übereinstimmend Meisner, Recht der Schuldverh., Komment. z. 2. Buch des B.G.B., 1898, Vorw., S. IX, X.)

1) Locré, La législation civile etc., Tome 13 p. 32.

2) Saleilles, S. 29, 30, 35.

3) Locré, XIII S. 29.

des Tribunats vom 6. Februar 1803 gegebene Begründung variirt die verschiedensten Rechtsprinzipien. Zwar geht auch er von dem Gesichtspunkte der culpa aus[1]), allein weiterhin läßt er den Gedanken des Verhältnisses von commodum und incommodum mit hereinspielen[2]), um zum Schluß die Art 1385 und 1386 mit dem Grundsatze des germanischen Rechts zu begründen: rien de ce qui appartient à quelqu'un ne peut nuire impunément à un autre[3]).

Der Redner des Tribunats Tarrible hat dann in der Sitzung des Corps législatif vom 9. Februar 1803 die Verantwortlichkeit des Eigenthümers wieder auf die Vermuthung einer culpa zurückgeführt[4]).

Diese inneren Widersprüche[5]) lassen die Motive als den Anforderungen nicht genügend erscheinen, welche man an eine Auslegung des Gesetzes stellen muß, die den Anspruch maßgebend zu sein erheben wollte[6]).

Indessen haben die Motive dennoch diesen maßgebenden Einfluß gehabt. Von Anfang an haben unter Berufung auf sie[7]) die französische Theorie, wie die französische Praxis den Art. 1385 als auf einer präsumirten culpa des Eigenthümers beruhend, also als bloßen Anwendungsfall der Art. 1382, 1383 angesehen[8]), und nur darüber gingen die Ansichten aus-

1) Locré, a. a. O. S. 40 ff.

2) Locré, S. 42: N'est-ce pas en effet le service dont le maître profite qui a produit le mal qu'on le condamne à réparer?

3) Locré, S. 48. Diesen Satz sieht als allein maßgebend an das Urtheil des R.G. vom 11. XII. 1885 (Entsch. in Civils., Bd. 14 S. 318).

4) Locré, S. 58.

5) Vergl. Hepp, Zurechnung, S. 232, 233.

6) Dazu kommt noch, daß, wenn man in der That im Hinblick auf die Motive (Maleville, Analyse raisonné, p. 191. 192) im Art. 1385 die römische a° de pauperie wiederfinden will (Crome-Zachariae, Bd. 2 S. 772 Note 1), gerade diese Auffassung die Annahme einer culpa des Eigenthümers ausschließen müßte.

7) Vergl. noch Muteau, S. 5 ff.

8) Josserand, S. 13 ff.; Saleilles, S. 8 ff.

einander, ob diese Vermuthung ein praesumtio juris [1]) oder eine solche juris et de jure war [2]).

Erst in jüngster Zeit beginnt die französische Rechtsprechung, und ihr folgend die Wissenschaft, jene Auffassung zu verlassen, deren einzige Stütze vereinzelte Sätze der Motive sind, und deren Unhaltbarkeit durch die jüngsten Angriffe [3]) überzeugend dargethan ist.

Festzuhalten ist daher, daß Art. 1385 den Eigenthümer (und den Benutzer) lediglich als solchen verantwortlich macht für den Schaden, den seine Thiere angerichtet haben, ohne daß er die Möglichkeit hätte, sich durch Aufgabe des Eigenthums am Thiere zu befreien [4]).

3. Das Bürgerliche Gesetzbuch.

1) Der Dresdener Entwurf eines Obligationenrechts, den die Kommission für den ersten Entwurf des B.G.B. bei ihren

1) Laurent, Principes, XX no. 626; Demolombe, Cours de code civil, XV no. 558 p. 179; Duranton, Cours de droit civil, Tome 7 (18 der Pariser Ausgabe) p. 508.

2) Aubry et Rau, IV § 448 p. 771 n. 10; Marcadé, V p. 288 art. 1385 no. 1; Crome-Zachariae, Handb., Bd. 2 § 418 S. 773 und die hier Note 5 citirten; Muteau, S. 238 ff. Die neuere Praxis steht ebenfalls auf diesem Standpunkt. Nachweise bei Josserand, S. 84, 85.

3) Josserand, S. 93 ff. Hinsichtlich derselben Frage für a. 1384 Abs. 1 Saleilles, Nr. 16 S. 27 ff., Nr. 17 S. 29 ff.

4) Anders manche Tochterrechte des französischen. So bestimmt der badische L.R.S. 1585 a: „Wer jedoch das Thier hingiebt oder den höchsten Werth desselben bezahlt, kann zum Ersatz einer höheren Schadensrechnung nicht angehalten werden.“ Haben wir hier die römische noxae datio — (über die scheinbare Alternative der Werthzahlung vergl. Hepp, Zurechnung, S. 234; sie bezieht sich auf den qui s'en sert) — so hat dagegen der Code de Louisiane altes deutsches Recht aufgenommen, indem er vorschreibt: a. 2300. Les maîtres d'esclaves sont responsables du dommage causé par eux, sauf l'abandon qu'ils peuvent faire de leurs personnes. a. 2301. Le propriétaire d'un animal est responsable du dommage qu'il

Berathungen der betreffenden Materien zu Grunde legte, hatte in Art. 1025 [1]) die Haftung für den durch Hausthiere verursachten Schaden auf eine culpa ihres Halters gegründet. Für das Vorliegen einer solchen hatte er eine gesetzliche Vermuthung aufgestellt, welche durch den Gegenbeweis des Halters entkräftet werden konnte.

Auf den hier vertretenen Standpunkt stellte sich von vornherein auch die Kommission. Nicht aus legislatorischen Erwägungen materieller Natur [2]), sondern aus Rücksichten systematischer Erwägung. Ihr schien es aus dem Grunde unangebracht, den Eigenthümer ohne Rücksicht auf Verschulden verantwortlich zu machen, weil „man damit den Boden des Deliktes verlassen und, wenn auch nicht ein fingirtes Delikt, doch eine in das Rechtssystem sich schwer einfügende gesetzliche Obligation schaffen" würde [3]) [4]).

Die Anträge aus ihrem Schoße richteten sich daher auch nicht gegen die Grundlage der Bestimmung des Dresdener Entwurfs.

Während ein Antrag Planck im Wesentlichen sich dem letzteren anschloß und nur eine Ergänzung dahin erstrebte, daß der Halter von seiner Haftung befreit werde, nicht nur wenn er nachwiese, daß er die ihm obliegende Aufsichts-

---

a causé; mais si l'animal était perdu ou égaré plus d'un jour, il peut se décharger de cette responsabilité en l'abandonnant à celui qui a souffert le dommage.

1) S. oben S. 289 Note 3.

2) Daß diese Regelung der Haftung „gesetzlich die angemessenste" sei, ist die Ansicht Kohler's, Indisches Obligationen- und Pfandrecht, in Ztschr. f. vergl. Rechtswiss., Bd. 3 S. 200.

3) Motive zum (ersten) Entwurf, amtl. Ausgabe, 1888, Bd. 2 S. 811.

4) Vergl. dazu Gierke, Der Entwurf eines B.G.B. und das deutsche Recht, in Schmoller's Jahrbuch, Bd. 13 S. 249; Schmidt in Gutachten aus dem Anwaltstande, S. 1219.

und Verwahrungspflicht nicht verletzt habe, sondern auch, wenn er bewiese, daß der Schaden auch bei vollständiger Erfüllung derselben entstanden wäre, richtete sich ein Antrag Kurlbaum II gegen die in den Dresdener Entwurf aufgenommene Vertheilung der Beweislast der Verschuldung, welche er dem Verletzten aufbürden wollte [1]).

Beide Anträge stimmten formell darin überein, daß sie an die Spitze die positive Verpflichtung des Thierhalters zur Verwahrung und Beaufsichtigung der Thiere stellten, und die Verletzung dieser Pflicht als privatrechtliches Delikt normirten.

Die endgültig angenommene Fassung des § 734 Abs. 1 des ersten Entwurfes lautete im Sinne des Antrages Kurlbaum II: „Wer ein Thier hält, ist verpflichtet, unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters diejenigen Vorsichtsmaßregeln zu treffen, welche erforderlich sind, um das Thier an der Zufügung von Beschädigungen zu hindern. Wird diese Pflicht verletzt, so ist der Halter des Thieres zum Ersatze des daraus einem Dritten entstandenen Schadens ... verpflichtet."

Der Unterschied vom Dresdener Entwurf bestand also im Wesentlichen im Fortfall der von diesem aufgestellten Vermuthung eines auf Seiten des Thierhalters vorliegenden Verschuldens.

Daß der erste Entwurf nicht, wie der Dresdener, die wilden und Hausthiere ausdrücklich unterschied, war ein materieller Unterschied nicht. Grund wie Umfang der Haftung war nach seiner Auffassung ja doch bei beiden der gleiche [2]).

Die Stellung im System des Entwurfs war mit dem Prinzip des § 734 gegeben; er erhielt seinen Platz in dem Abschnitte von den „unerlaubten Handlungen".

1) Protokolle der (ersten) Kommission, S. 2873.

2) Vergl. oben S. 213.

Trotz der vielfachen gegen diese grundsätzliche Stellungnahme des Entwurfs gerichteten Angriffe haben der zweite wie auch der dem Reichstag vorgelegte Entwurf sich nicht dazu verstehen können, sie mit deutschrechtlichen Grundsätzen zu vertauschen.

In beiden ist vielmehr die Grundlage des Delikts und also auch die Stellung im System beibehalten worden. Im Einzelnen aber waren die Aenderungen gegenüber dem ersten Entwurf ganz bedeutend.

§ 817 der Reichstagsvorlage (und fast wörtlich übereinstimmend § 756 des zweiten Entwurfs) lautete: „Wird durch ein Thier ein Mensch getödtet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist derjenige, welcher das Thier hält, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Schaden durch ein Hausthier verursacht wird und derjenige, welcher das Thier hält, bei dessen Beaufsichtigung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde."

Der Reichstagsentwurf unterscheidet also, wie der Dresdener Entwurf, die Verantwortlichkeit für wilde Thiere von der für Hausthiere.

Wenn er nun auch, gleich diesem und dem ersten Entwurf, die Verantwortlichkeit auf ein Verschulden des Thierhalters gründet, so hat er aber, über die Bestimmung des Dresdener Entwurfs hinausgehend, zwei gesetzliche Vermuthungen für das Vorliegen eines solchen Verschuldens eingeführt.

Betreffs des Haltens wilder Thiere ist diese Präsumtion eine solche juris et de jure [1]); der Gegenbeweis ist also aus-

1) Die amtliche Denkschrift zum Entwurf (der Reichstagsvorlage) formulirt dies S. 103: „Wer sich mit dem Halten solcher (nämlich: wilder)

geschlossen. Betreffs des Haltens von Hausthieren ist es eine praesumtio juris, die durch den Nachweis des Thierhalters, daß ein Verschulden auf seiner Seite nicht vorgelegen, oder den Nachweis der höheren Gewalt entkräftet werden kann.

Eine einschneidende Aenderung erfuhr die Bestimmung in der Reichstagskommission.

In ihr wurde der Antrag gestellt, sie auf den Boden des französischen Rechts zu stellen und zu dem Behufe den zweiten Satz zu streichen.

Der Antrag wurde in erster und zweiter Lesung mit großer Majorität angenommen[1]), und auch trotz der im Reichstage geltend gemachten Bedenken[2]) die Regierungsvorlage nicht wiederhergestellt.

2) Der § 833 B.G.B. lautet also: „Wird durch ein Thier ein Mensch getödtet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist derjenige, welcher das Thier hält, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen."

Wenn man den Grund und die Tragweite dieser Bestimmung untersuchen will, so muß man zunächst von einer Verwerthung ihrer Stellung im System absehen. Denn diese Stellung war berechnet für die Bestimmung des Entwurfs; bei der Umänderung durch die Reichstagskommission hat man, zumal bei der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit, nicht daran gedacht, zu prüfen, welcher Platz im B.G.B. der so

---

Thiere befaßt, muß für den Schaden, welcher Anderen aus demselben erwächst, schlechthin einstehen, auch wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt", d. h. ein Verschulden im konkreten Fall. § 817 betrachtet es eben schon als civilrechtlich-unerlaubte Handlung, als allgemeines Verschulden, solche Thiere überhaupt nur zu halten.

1) Bericht der Reichstags-Kommission, Berlin, Heymann, 1896, S. 60.

2) Sten. Ber. des Reichstags, IV. Sess. 1895/1897, Bd. 4 S. 3060—3064.

abgeänderten Bestimmung ihrem Rechtsgedanken nach zukomme [1]).

Dieser Rechtsgedanke ist jetzt nicht mehr der einer Verschuldung des Thierhalters; es ist der Gedanke des französischen Rechts, wie die Kommission wollte, oder vielmehr der Gedanke des deutschen Rechts: der Thierhalter haftet, nicht weil er im speziellen Falle ein Verschulden begangen, sondern bloß deshalb, weil er das Thier hält [2]). In diesem Halten liegt aber auch nicht etwa ein allgemeines Verschulden. Eine derartige Auffassung mag bei dem Halten von gefährlichen Thieren, welches § 817 Satz 1 der Reichstagsvorlage allein im Auge hatte, gerechtfertigt sein; beim Halten von Hausthieren ist sie schlechterdings unmöglich. Denn wenn es schon bedenklich scheint, in die Beurtheilung der Verantwortlichkeit für Hausthiere den Gesichtspunkt der Gefährdungshaftung hineinzutragen [3]), so entspricht es erst recht weder den Verhältnissen des Lebens noch der Rechtsanschauung des Volkes,

---

1) Allerdings hatte der Abg. Schmidt-Marburg bei der Plenarberathung gegen die Stellung des § 817 in der ihm von der Reichstagskommission gegebenen Fassung den Einwand erhoben, es „würde das bloße Halten eines Thieres gestempelt zu einer unerlaubten Handlung", was nicht in das System hineinpasse. Wenn Jemand durch Ausübung seines Berufs ein Hausthier halte, so thue er nichts Unerlaubtes, sondern etwas, wozu er das Recht habe (Stenogr. Ber., a. a. O. S. 3068). Allein das war Alles; und Erfolg haben diese Vorstellungen auch nicht gehabt. — Der anonyme Gegenentwurf „Ein Reichsgesetzbuch über das Privatrecht, Berlin, Heymann, 1896" behandelt dagegen diese Materie unter einem besonderen Titel „Haftpflicht". Art. 701 lautet hier: „Hat ein Thier einen Menschen getödtet oder den Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so haftet der, der das Thier hält, dem Verletzten für den entstandenen Schaden."

2) Vergl. den Bericht der Kommission.

3) Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung, S. 49.

den bloßen Besitz von Hunden, Schafen, Kühen, Ziegen, Hühnern, Enten, Gänsen oder Tauben als ein civilrechtliches Delikt zu behandeln [1]) [2]).

3) Der Thatbestand der im § 833 normirten Verantwortlichkeit besteht aus folgenden drei näher zu erörternden Momenten.

a) Der angerichtete Schade.

Der erste Entwurf hatte von „Beschädigungen" allgemein gesprochen. Die anderen Entwürfe, und so auch das Gesetzbuch, haben diese Fassung aufgegeben.

Damit ist denn für die offenbar auch im ersten Entwurf gewollte Mitumfassung der Fälle, in denen ein Mensch getödtet oder verletzt wird, der dem Sprachgebrauch zuwiderlaufende Ausdruck der „Beschädigung" beseitigt.

Die aus diesem Grunde kasuistische Fassung des § 833 enthält aber gegenüber dem ersten Entwurf eine bedeutsame Einschränkung. Sie schützt nämlich nur die Beschädigung von „Sachen". Unter Sachen sind aber zufolge des Sprachgebrauches des Gesetzes nur bewegliche Sachen verstanden. Die Beschädigung eines Grundstücks fällt deshalb nach dem Wortlaut des § 833 nicht unter dessen Schutz. Indessen wird hier zweifellos eine analoge Rechtsanwendung geboten sein, so daß auch für die Beschädigung von Grundstücken und deren Bestandtheilen ein Ersatz nach den Grundsätzen des § 833 ge-

1) Vergl. oben S. 305 Note 1.

2) So auch Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem B.G.B., Berlin 1898, S. 86. Anders dagegen, offenbar durch die jetzige Stellung im System des B.G.B. irregeführt, Cosack, Lehrb. des Deutschen Bürg. Rechts I[1], Jena 1897, S. 236 und F. Endemann, Einführung in das Stud. des B.G.B., 4. Aufl., 1898, S. 583.

fordert werden kann [1]). Das Gleiche gilt für Vermögensbeschädigungen. Denn auch das Vermögen fällt nicht unter den Begriff der „Sache". Wenn daher ein Thier z. B. Körbe umstößt, so daß der Deckel aufgeht und darin befindliche Vögel herausfliegen, so wird die dadurch dem Eigenthümer zugefügte Vermögensschädigung durch den Wortlaut des § 833 nicht getroffen.

Auch hier wird also eine ausdehnende Interpretation den nöthigen Schutz gewähren müssen.

Ein weiterer Zweifel betrifft den Willen des Gesetzes bezüglich der Art und Weise, wie der Schade angerichtet worden ist.

Hier wirft sich nämlich die Frage auf, ob das Gesetz nur ein damnum corpore datum trifft oder nicht. Das Gesetz sagt, es muß durch das Thier ein Mensch getödtet oder verletzt, durch das Thier eine Sache beschädigt sein. Für das Erforderniß einer durch den Körper des Thieres unmittelbar zugefügten Beschädigung spräche die Anschauung des germanischen Rechtes, welches nur von Verletzungen durch Pferdes Huf, Rindes Horn, Hundes Biß, Schweines Zahn sprach. Allein diese Anschauung ist die eines jungen Rechtes, das in der jedem solchen eigenen Unfähigkeit zu Abstraktionen seinen Normen die Vorstellung möglichst sinnlicher Thatbestände zu Grunde legt. Das gereifte Recht bedarf ihrer nicht mehr [2]).

---

1) Für landwirthschaftliche Grundstücke kommt noch der Schutz durch das von der Landesgesetzgebung normirte „Ersatzgeld" sowie die „Pfändung" vergl. z. B. Preußisches Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. April 1880 §§ 69, 71—88) in Betracht, welcher durch Art. 89 E.G. aufrecht erhalten worden ist.

2) Analog auch die Entwicklung des aquilischen Deliktes im römischen Recht.

Kann daher hieraus ein Argument für die Auslegung nicht gewonnen werden, so beweist der Wortlaut des § 833 m. E. für die entgegengesetzte Auffassung.

Daß die Verletzung, die Beschädigung „durch" das Thier erfolgt sein muß, besagt, daß das Gesetz das Thier als „Ursache" voraussetzt.

Dieser Kausalitätsbegriff des Gesetzes muß, wie der des Strafgesetzes [1]), aus dem allgemeinen Sprachgebrauch entnommen werden.

Es wird daher von einer Verletzung, einer Beschädigung „durch" das Thier dann zu sprechen sein, wenn die Thätigkeit des Thieres als adäquate Verursachung [2]) erscheint.

Auf eine körperliche Einwirkung beschränkt sich der Begriff der Verursachung aber nirgends [3]).

Wenn z. B. an einem schroffen Abhang eine Herde Schafe weidet, und der Hund eines Spaziergängers sie mit wüthendem Gebell anfällt, so daß einzelne Schafe vor Schreck den Abhang hinunterspringen, so ist die Thätigkeit des Hundes jedenfalls als Ursache zu bezeichnen.

Indes ergiebt sich hier eine andere Frage, nämlich die betreffs der Fälle, in welchen man von einer „Unterbrechung des Kausalzusammenhanges" zu reden pflegt. Man begreift darunter bekanntlich die Erscheinung, daß, während eine Kausalreihe in der Richtung auf den Erfolg sich bewegt, für welchen eine der in ihr befindlichen Ursachen adäquat erscheint, eine

---

1) Helmer, Begriff der fahrlässigen Thäterschaft, Straßburger Inaug.-Differt. 1895, S. 31.

2) In dem von v. Kries in der Vierteljahrsschrift f. wissenschaftl. Philosophie, Bd. 12 (1888) S. 200 ff. entwickelten Sinne.

3) v. Kries, a. a. O. S. 222.

neue Kausalreihe[1]) mit der Richtung auf denselben Erfolg unabhängig von jener entsteht, welche geeignet ist, ihn schneller zu bewirken, so daß endlich der Erfolg, obwohl er schon durch die erste herbeigeführt worden wäre, dennoch aus dem Gesichtspunkte der Adäquanz als Wirkung der zweiten erscheint.

Z. B. auf einer Alpenstraße gehen Wagenpferde durch, so daß zweifellos der Wagen mit den Insassen in einen Abgrund geschleudert würde; in diesem Augenblick begräbt sie eine Lawine.

Die adäquate Ursache des Todes ist hier die Lawine; der typische Kausalverlauf des Durchgehens der Pferde ist durch sie „unterbrochen" worden[2]). Der Tod ist also nicht „durch" die Pferde herbeigeführt; ihr Halter deshalb nicht verantwortlich[3]).

---

1) Haß, Ueber die Verwerthbarkeit des Gegensatzes von adäquatem und inadäquatem Kausalzusammenhang rc., in diesen Jahrbüchern, Bd. 37 S. 405 ff.

2) v. Kries sowohl (S. 210), wie ihm folgend Haß (S. 408 ff.) haben sich gegen den Ausdruck gewendet, der Kausalzusammenhang sei hier „unterbrochen". Natürlich haben sie Recht. Indessen handelt es sich ja nur um einen Ausdruck; über die Sache selbst ist kein Streit. Nicht der Kausalzusammenhang, sondern die adäquate Kausalität fehlt. „Unterbrochen" worden ist nur der regelmäßige Kausalverlauf (vergl. auch die ähnliche Bemerkung von Helmer, a. a. O. S. 50). Mit dieser Einschränkung behält daher die Darstellung den Terminus bei. (Für ihn auch Endemann, a. a. O. S. 576 ff.)

3) Das Gleiche gilt selbstverständlich, wenn überhaupt auch nicht der geringste Zusammenhang zwischen dem Erfolg und der Thätigkeit des Thieres besteht; z. B. ein toller Hund beißt einen anderen; bevor noch bei diesem die Krankheit zum Ausbruch kommt, wird er — etwa weil er sich in den Straßen ohne Maulkorb herumtreibt — gefangen und getödtet. Hier wäre zwar an sich jener Biß die adäquate Verursachung des Todes geworden; allein als Ursache des Todes kann, da jene zweite Kausalreihe eintrat, nur sie angesehen werden.

Als letzte Frage muß noch die nach der Behandlung der Fälle erhoben werden, in welchen zwar der Erfolg der schädigenden Ursache bereits eingetreten ist, er aber durch den von einer neuen Kausalreihe herbeigeführten konsumirt wird.

Z. B. eine Kuh läuft über ein Saatfeld und richtet Schaden an; kurz darauf wird das Feld durch eine manövrirende Truppe völlig zertreten.

Hier ist zwar der Kausalzusammenhang zwischen dem Thun des Thieres und dem Erfolg nicht unterbrochen; der letztere war eingetreten. Allein er ist nicht mehr vorhanden; die erste Beschädigung ist verschwunden, und eine neue ist an ihre Stelle getreten.

Hier fragt es sich, ob nicht, trotzdem dieser konkrete Schaden nicht mehr besteht, noch ein Schadensersatzanspruch erhoben werden kann.

Das römische Recht behandelt diese Frage in fr. 27 § 2 D. de r. v. (6, 1): (Paulus) Si homo petitus dolo possessoris deterior factus sit, deinde sine culpa eius ex alia causa mortuus sit, aestimatio non fiet eius, quod deteriorem eum fecerat, quia nihil interest petitoris. Sed haec quantum ad in rem actionem, legis autem Aquiliae actio durat.

In dieser Entscheidung hat man das allgemeine Prinzip gefunden, „daß der einmal begründete Schadensersatzanspruch selbstverständlich bestehen bleibt“ [1]).

Indessen so selbstverständlich scheint mir dieser Satz nicht zu sein.

Was zunächst hier den Standpunkt des modernen Schadensersatzrechtes angeht, so ist er nicht mehr schlechthin der des

1) Haß, a. a. O. S. 403 zu Note 49.

gemeinen Rechtes. Das römische Recht hatte sich bis zuletzt nicht völlig von dem Gedanken freigemacht, daß „nicht der Schaden, sondern die Schuld zum Schadensersatz verpflichte" [1]); der civilistische Anspruch war noch immer seinem Wesen nach deliktisch.

Das moderne Recht aber betrachtet die Schuld nur mehr aus dem Gesichtspunkte der Schadensvertheilung [2]). Auch hier ist sie noch von maßgebendem Einflusse, aber im Prinzipe ist nicht mehr sie essentiell für die Schadensersatzverbindlichkeit, sondern der Schaden [3]). Wo daher ein Schaden nicht mehr besteht, da ist eine Schadensersatzpflicht so wenig begründet, wie da, wo ein solcher überhaupt nicht entstanden ist. Und hierbei kann es nicht von Einfluß sein, ob der Schaden nicht mehr besteht, weil er ersetzt worden ist, oder weil er durch ein anderes Ereigniß konsumirt worden ist.

So würde z. B. in dem Falle, daß die versicherte Spiegelscheibe eines Ladens zerbrochen ist und nachher das ganze Haus niederbrennt, ein Ersatzanspruch wegen des Fensters an die Glasversicherung nicht mehr, sondern nur ein solcher wegen des Hauses an die Feuerversicherung erhoben werden können.

Und m. E. ist das auch die Meinung des Paulus in der oben angeführten Stelle. Der Fall, der dort entschieden wird, ist der: Ein Sklave wird von seinem Eigenthümer vindicirt. Der mit der rei vindicatio Beklagte haftet für jede verschuldete Beschädigung. In dem Falle des fr. 27 § 2 cit.

---

1) Vergl. die bekannten Ausführungen Ihering's, Schuldmoment im Privatrecht, a. a. O. S. 199.

2) Vergl. Rümelin, a. a. O. S. 9.

3) Vergl. Sjögren, Zur Lehre von den Formen des Unrechts &c. in diesen Jahrb., Bd. 35 S. 396 ff.; Rümelin, S. 70; Saleilles S. 4 ff., 43 ff.

geht nun der dolo possessoris verletzte Sklave kasuell zu Grunde, die Beschädigung wird somit durch den Tod des Sklaven konsumirt. Hier entscheidet Paulus: mit der dinglichen Klage kann ein Ersatzanspruch nicht geltend gemacht werden, quia nihil interest petitoris; legis autem Aquiliae actio durat.

Gesetzt nun den Fall, die Verletzung des nachher kasuell gestorbenen Sklaven sei zwar durch Schuld des beklagten Besitzers, aber nicht durch aquilische Schuld herbeigeführt worden; dann entfällt jeder Schadensersatzanspruch des klagenden Eigenthümers. Der Grund, aus welchem in diesem Falle durch die Konsumtion des Schadens die Vernichtung des Schadensersatzanspruches bewirkt wird, während letzterer im Falle aquilischer culpa trotzdem bestehen bleibt, ist wohl nur in der stärkeren Betonung des civilistischen Elementes in der dinglichen, des deliktischen Elementes in der aquilischen Klage zu suchen [1]).

Als Entscheidung des römischen Rechts für Fälle der Schadenskonsumtion, in denen der Schaden nicht durch Delikt entstanden war, ist daher der Untergang des Ersatzanspruches anzusehen [2]).

Die im Hinblick auf fr. 52 § 2 D. ad leg. Aq. (9, 2) [3]) auf-

1) Der Unterschied hat schon der Glosse (zu petitoris) Schwierigkeiten gemacht; sie erklärt ihn daraus, daß die rei vind. „praesens respicit tempus, quia tamen legis Aquiliae actio oculos a tergo habet et retro respicit: idcirco competit: quia etsi non intersit, interfuit tamen hominem sanum fuisse".

2) Ebenso Windscheid, Pandekt., Bd. 2 (7. Aufl.) § 258 Note 15 S. 36, der sich über den Grund des Bestehens der aquilischen Haftung nicht ausspricht. Das Rubrum, unter welches er den Fall des fr. 27 § 2 cit. bringt, scheint mir aber nicht ganz zutreffend: „der Nachtheil kann auf die Thatsache, für welche eingestanden werden muß, zurückgeführt werden, aber auch auf eine andere".

3) Vergl. oben S. 283 Note 4 und 5.

zuwerfende Frage, ob auch ein Nichtthun eines Thieres den Halter verantwortlich machen kann, beantwortet sich mit der Frage, ob ein Nichtthun als kausal betrachtet werden kann. Bejaht man sie[1]), so wird auch für den Fall des fr. 52 § 2 cit. die Entscheidung so, wie hier von Alfenus geschehen, zu geben sein.

Noch mag erwähnt werden, daß konkurrirendes eigenes Verschulden des Verletzten die Entstehung des Ersatzanspruches auszuschließen oder seinen Umfang zu mindern vermag[2]). Ob im einzelnen Falle ein solches vorliegt, ist regelmäßig quaestio facti[3]).

b) Das schädigende Thier.

Das Gesetz hat die Unterscheidung des deutschen Rechts zwischen gefährlichen und Hausthieren nicht aufgenommen, obwohl geschichtlich die Verantwortung für beide auf völlig verschiedenem Boden steht. Auch für gefährliche Thiere wird daher nach dem B.G.B. aus dem gleichen Grunde gehaftet, wie für Hausthiere, nämlich auf Grund des rechtlichen Gewaltverhältnisses.

Nur in einem Punkte muß die Verschiedenheit der historischen Grundlage noch von Bedeutung sein.

Für Verletzungen durch gefährliche Thiere haftet der Halter

---

1) So v. Kries, a. a. O. S. 222ff.; zustimmend Haß, a. a. O. S. 353ff. Dagegen (abweichend von früheren) die neueste Auflage von Liszt, Lehrbuch des Strafrechts, 8. Aufl. (1897) S. 130. Dagegen ferner Endemann, a. a. O. S 571, 590 Note 9 (vergl. aber S. 596).

2) § 254. Vergl. Linckelmann, a. a. O. S. 88.

3) Es entscheidet also richterliches Ermessen; und daher scheint hier der Punkt zu sein, von dem aus die Judikatur in der Lage sein wird, ihr bisheriges vom B.G.B. abweichendes Recht gegen das B.G.B. thatsächlich weiter in Geltung zu erhalten. Andeutungen in dieser Hinsicht wurden schon im Reichstage gemacht (Stenogr. Berichte, 1896, S. 3060 ff.).

schlechtweg, wie er dafür auch im alten Recht ausnahmslos verantwortlich war.

Bei Hausthieren dagegen ging das germanische wie das römische Recht von einem Verschulden des Thieres aus; und diese Grundlage ist auch bis zuletzt nicht verlassen worden. In dem ganzen Verlauf der Entwicklung spielt der Gesichtspunkt eines Deliktes des Thieres seine bedeutsame Rolle [1]).

Diesen Gesichtspunkt werden wir daher auch noch als der Bestimmung des § 833 immanent betrachten müssen. Dieselben Gründe also, die bei Menschen im konkreten Falle die Rechtswidrigkeit ausschließen, schließen auch die Verantwortlichkeit für den durch ein Thier angerichteten Schaden aus.

In Betracht kommt hier — da solche Gründe, deren analoge Uebertragung die Natur der doch immer nur cum grano salis zu ziehenden Parallele nicht gestattet, ausscheiden, — vornehmlich ein Vergleich mit Nothwehr und Nothstand.

Es wird daher in dem Falle des fr. 1 § 11 D. (9, 1), wenn ein Thier das andere im Kampf verwundet oder tödtet, darauf ankommen, ob das verwundende oder tödtende den Kampf angefangen hat oder nicht [2]) [3]). Ist in dieser Beziehung eine Ermittlung nicht möglich, so steht man vor der Wahl,

---

1) Charakteristisch ist hierfür die Begründung Beaumanoir's, 69, 6 (II 485, 486), mit der er sich so entschieden gegen die Bestrafung von Thieren wendet. Nicht, daß auf ihrer Seite keine Schuld sei, macht er geltend, sondern daß die Strafe auf sie ihre Wirkung verfehle.

2) Ebenso entscheiden für das französische Recht auch diejenigen Schriftsteller — von ihrem Standpunkte aus, unerklärlich — welche die Haftung des Eigenthümers in seinem Verschulden sehen. Dalloz, Repertoire s. v. responsabilité, No. 727 und dort Citirte.

3) Vergl. B.G.B. §§ 227, 228; die Note 5 zu § 227 von Fischer-Henle ist im Hinblick auf § 228 nicht korrekt.

entweder den Anspruch ganz zuzulassen oder den Schaden zwischen den Haltern beider Thiere zu theilen oder keinen Anspruch zu gewähren.

Das Erste entspricht dem in Frage stehenden Rechtsgedanken nicht. Die zweite Möglichkeit ist die, für welche sich das germanische Recht entschieden hatte. Für die dritte kann man neben der Autorität der Wormser Reformation (s. oben S. 273 Note 2) den für einen analogen Fall ausgesprochenen Grundsatz des Seerechts (H.G.B. Art. 737) anführen.

Ich möchte die Auffassung des deutschen Rechts für die angemessenste erklären [1]).

Ferner schließt das Eingreifen höherer Gewalt eine „Schuld" des Thieres und damit die Verantwortlichkeit des Halters aus [2]).

Dagegen ist das in den Institutionen Justinians und danach in der gemeinrechtlichen Literatur aufgestellte Erforderniß, das Thier müsse contra naturam geschadet haben, wie dem deutschen Recht, so auch dem § 833 fremd.

c) Das die Verantwortlichkeit begründende Verhältniß.

Verantwortlich für den durch ein Thier verursachten Schaden ist derjenige, welcher es „hält".

Dem Begriffe des „Haltens" legt der Sprachgebrauch, die Vorstellung des Gewährens von Obdach und Nahrung zu Grunde.

Jedoch dieses allein genügt keineswegs.

Ein Förster, dem ein Jagdhund in Pension gegeben ist, derjenige, dem ein Papagei zugeflogen ist und der ihn behält

---

1) Anders für das franz. Recht Delvincourt, Tome 3 p. 453, Note 2 zu p. 225.

2) Diese Bestimmung enthielt auch der vom Reichstag gestrichene zweite Satz des § 817 der Reichstagsvorlage.

und füttert, um ihn demnächst seinem Herrn zurückzugeben, der Tourist, der sich zu einem mehrtägigen Ausfluge ein Reitpferd miethet — sie alle „halten" das betreffende Thier nicht [1]).

Es müssen also noch gewisse Momente hinzukommen. Die Unterhaltgewährung muß aus eigenem Vermögen erfolgen; sie muß im eigenen Interesse erfolgen; und sie muß die Idee der Dauer enthalten.

Die rechtliche Vorstellung ist hierbei die gleiche, die wir als die des alten Rechts kennen gelernt haben [2]). Es wird vom Rechte aus der Gesammtheit der Beziehungen diejenige, welche das Recht für die charakteristischste ansieht, herausgegriffen und sie als Prämisse des zu ziehenden Schlusses gesetzt, welchen das Recht als Folge jener Beziehungsgesammtheit betrachtet. So ist denn als Rechtsfolge des „Haltens" des Thieres in § 833 genannt, was Folge einer rechtlichen und thatsächlichen Herrschaft über das Thier ist.

Diese rechtliche Herrschaft erscheint in der Form des Besitzes. Allein, wie eben gezeigt, ist nicht jeder Besitzer zugleich Halter.

Auch der Förster, der Verwahrer, der Miether in den oben genannten Fällen haben den Besitz des Thieres [3]). Aber sie haben nicht den Eigenbesitz [4]). Nur wer die Thiere als seiner vollständigen Herrschaft unterworfen besitzt, „hält" sie; daher man diesen Begriff auch so formuliren kann: ein Thier halten, heißt: ihm Unterhalt gewähren animo domini [5]).

---

1) Anders scheint Linckelmann, a. a. O. S. 86, 87 zu entscheiden.

2) S. oben S. 235 ff.

3) Strohal, Der Sachbesitz nach dem B.G.B., in diesen Jahrb., Bd. 38 S. 15 Nr. 4.

4) Strohal, S. 13.

5) Linckelmann, S. 86 definirt — nach dem im Text Gesagten unvollständig — den Halter als „eine Person, welche in ihrem eigenen

Hier ist also als Thatbestandsmoment der Rechtsfolge gesetzt die sachenrechtliche Herrschaft in ihrer typischen Erscheinung.

Die Verantwortlichkeit trifft nicht nur den Eigenthümer, sondern jeden Eigenbesitzer des Thieres [1]). Und zwar trifft sie ihn als solchen [2]); der Umstand ist, daß das Herrschaftsverhältniß im Augenblicke der Schadenszufügung [eine thatsächliche vorübergehende Unterbrechung ist ohne Bedeutung [3])] besteht, ist kausal für die Entstehung der Ersatzpflicht des Gewalthabers.

Aber auch nur für die Entstehung. Die einmal entstandene Pflicht ist von jenem Verhältniß unabhängig; daher erlischt sie nicht mit diesem. Tod oder Verlust des Thieres sind ohne Wirkung; auch die Möglichkeit, sich durch Preisgabe des Thieres zu befreien, giebt es nicht.

Andererseits entsteht aber die Ersatzpflicht nicht, wenn nicht in dem Augenblicke der Schadenszufügung das rechtliche Verhältniß noch besteht. Das Gesetz sagt: Wird ein Mensch getödtet oder verletzt, eine Sache beschädigt, so haftet, wer das Thier hält. Nicht, wer es gehalten hat. Beide Thatsachen müssen also zeitlich zusammenfallen; wobei wieder darauf hinzuweisen ist, daß eine vorübergehende Unterbrechung bedeutungslos ist.

Interesse, sei es auf Grund des Besitzes, sei es auf Grund des Eigenthumsrechtes, die Sorge für die Erhaltung oder Unterbringung des Thieres auf sich genommen hat".

1) Strohal scheint anderer Ansicht zu sein; denn S. 42, 43 zählt er Fälle auf, in welchen der Besitz Thatbestandsmoment für den Eintritt von Rechtsfolgen ist, ohne § 833 zu erwähnen. Daß er ihn übersehen hätte, ist weniger wahrscheinlich, da er §§ 836, 837 aufzählt.

2) Fallen daher Eigenthum und Eigenbesitz auseinander, so trifft die Verantwortlichkeit nicht den Eigenthümer, sondern den Besitzer.

3) § 856 Abs. 2 B.G.B.

Und hier gerade zeigt sich schlagend die heterogene Natur der für gefährliche und der für Hausthiere zu normirenden Verantwortlichkeit.

Denn die hier erörterte Konsequenz, welche für das Halten von Hausthieren angemessen erscheint, läßt die Haftung für wilde Thiere als durchaus ungenügend erscheinen.

Mit dem Verlust des Besitzes d. i. also mit dem Aufhören der Verfolgung seitens der Halters [1]) erlischt auch die Verantwortlichkeit aus ihm; die Haftung aus § 823 Abs. 2 B.G.B. in Verbindung mit § 367 Z. 11 St.G.B. ist aber keineswegs ausreichend, die dort vorhandene Lücke auszufüllen.

Es lassen sich Fälle denken, wo trotz Beobachtung aller erforderlichen Vorsichtsmaßregeln ein Thier dennoch ausbricht, oder wo diese Vorsichtsmaßregeln zwar nicht beobachtet sind, den Halter selbst aber hierbei ein Verschulden nicht trifft; in allen derartigen Fällen ermöglicht es das Gesetz nicht, den, der das Thier gehalten hat, verantwortlich zu machen.

Der Gedanke der Reichstagskommission, daß, wer zu gewerblichen Zwecken gefährliche Thiere zu halten gezwungen sei, die damit für Andere verbundenen Gefahren übernehmen müsse [2]), hat also im Gesetze selbst keinen erschöpfenden Ausdruck gefunden. —

Die Frage nach der Haftung für ein Thier, welches Mehrere gemeinschaftlich halten, beantwortet sich nach den Regeln der Gemeinschaft.

---

1) § 856 Abs. 1 B.G.B. Vergl. dazu fr. 5 § 4. 44 D. de a. r. d. (41, 1). Strohal, S. 106: „bereits, wenn die Thiere sich der Verwahrung entzogen haben."

2) Bericht der Reichstagskommission (Berlin, Heymann), S. 60.

Die Theilnehmer haften also nicht aus § 830[1]), auch nicht aus § 840 — denn eine unerlaubte Handlung im Sinne des Gesetzes ist die thierische That nicht — solidarisch, sondern zu gleichen Theilen[2]).

4) Indem das B.G.B. die Haftung des Thierhalters lediglich auf die sachenrechtliche Herrschaft stellte, hat es dem alten deutschen Rechtsbewußtsein von deren sozialer Verantwortlichkeit auch im neuen deutschen Recht zum Siege verholfen. Diese Verantwortlichkeit bildet jetzt ein Element des Eigenthums, geknüpft an die Form seiner regelmäßigen äußerlichen Erscheinung.

Sie geht also weit über den Grundsatz hinaus, daß die Ausübung eines Rechtes nicht den Zweck haben darf, einem Anderen Schaden zuzufügen[3]).

Das Eigenthum des B.G.B. steht daher auf einem anderen Boden, als das des römischen Rechts; es ist schon seinem Begriffe nach nicht die absolute Herrschaft des Sonderinteresses, sondern des durch die Interessen der Gemeinschaft bestimmten und gebundenen Einzelinteresses[4]).

Bestimmungen, welche das öffentliche Interesse an der Art und Weise seiner Ausübung im Einzelfalle normiren, sind deshalb auch keine „Beschränkungen" des Eigenthums; sie engen dessen Grenzen nicht ein, sondern sie setzen sie fest. Der Aus-

1) So unzweifelhaft falsch Fischer-Henle, B.G.B. zu § 833 Note 1.

2) Arg. §§ 743 Abs. 1, 742.

3) B.G.B. § 226.

4) Vergl. §§ 836, 904, 906—909. Eine eingehende Erörterung dieses ganzen Gebietes im Zusammenhang liegt außerhalb dieser Untersuchung, die nur ein Beitrag zu jener sein will.

druck des Art. 111 des E.G. läßt sich daher vom Standpunkte des B.G.B. aus nicht rechtfertigen [1]).

Ebensowenig wird dem Begriffe des Eigenthums im B.G.B. die Fassung des § 903 gerecht. Wenn hier als Inhalt des Eigenthums die Befugniß des Eigenthümers hingestellt wird, „soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und Andere von jeder Einwirkung auszuschließen" — so ist damit gerade das Wesen des Eigenthums nicht getroffen. Die Formulirung des sozialen Momentes des Eigenthums im Nebensatz kann nur den Gedanken ausdrücken, daß die hier gesetzte Bedingung etwas das im Hauptsatz statuirte Recht Beschränkendes sei, ein Gedanke, der, wie bereits erwähnt, auch im Einführungsgesetz wiedergegeben ist.

Daß aber dieser Gedanke nicht der des deutschen Rechtes ist, wie es im B.G.B. seinen Ausdruck gefunden hat, bedarf wohl eines weiteren Nachweises nicht.

Abgekürzt citirte Quellen und Quellensammlungen.

Aedelbirht, Aedelstan, Aelfred, Ine, Hlodhaere und Eadric in Liebermann, Gesetze der Angelsachsen, herausg. im Auftrage der Savigny-Stiftung, Bd. 1, 1898.

Ancient Laws and Institutes of Wales, printed by command of his late Majesty King William IV. Under the direction of the commissioners on the public records of the kingdom ed. Aneurin Owen, London 1841.

Beaumanoir, Les coutumes de Beauvoisis. Ed. publ. par le Comte Beugnot, 2 Bde., 1842.

Bourdot de Richebourg, Nouveau coutumier général etc., Paris 1724, 4 Bde. (abgekürzt B. de R.).

1) Aehnlich für das preuß. Recht schon Förster-Eccius, Preuß. P.R., 6. Aufl. 1893, Bd. 3 S. 162.

Bouthors, Coutumes locales du bailliage d'Amiens, rédigées en 1507, 2 Bde., 1845 u. 1853.
Capitularia regum Francorum in Mon. Germ. Hist. Leg. sectio II tom. I ed. Boretius, tom. II ed. Boretius u. Krause.
Edictus Rothari ed. Bluhme in M. G. H. Leges IV 13 ff.
Eurich (Legum Codicis Euriciani fragmenta) in Leges Visigoth. antiquiores ed. Zeumer, 1894.
Formulae Merowingici et Karolingici aevi, ed. Zeumer in M. G. H. Legum sect. V.
Gaupp, Deutsche Stadtrechte des M.A., 2 Bde., 1851, 1852.
— Das alte Magdeb. u. Hallische Recht, 1826.
Giraud, Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge, 2 Bde., 1846.
Grimm, Weisthümer, 6 Bde. (5 u. 6 von R. Schröder).
Grimowaldi leges in Ed. Langob. ed. Bluhme in M. G. H. Leges IV 91 ff.
Keyserrecht, nach der Hs. von 1372, herausg. von H. E. Endemann, 1846.
Leges Henrici primi und Cnuts Gesetze bei Schmid, Gesetze der Angelsachsen, 2. Aufl. 1858.
Lex Alamannorum in Leges Alam. ed. K. Lehmann in M. G. H. Leg. sect. I (Quartausgabe) tom. V 1 S. 36 ff.
Lex Baiuwariorum ed. Merkel in M. G. H. Leges III 183 ff. (Textus legis primus).
Lex Burgundionum (Gundobada) in Leges Burg. ed L. R. v. Salis in M. G. H. Leg. sect. I (Quartausg.) II 1 S. 29 ff.
Lex Frisionum ed. v. Richthofen in M. G. H. Leges III 656 ff.
Lex Ribuaria, ed. Sohm in M. G. H. Leges V 213 ff.
Lex Romana Burgundionum in Leges Burg. ed. v. Salis, S. 123 ff.
Lex Rom. Raet. Curiensis ed. Zeumer in M. G. H. Leges V 289 ff.
Lex Salica ed. J. Fr. Behrend, 1874.
Lex Saxonum ed. v. Richthofen in M. G. H. Leges V 47 ff.
Lex Thuringorum ed. v. Richthofen in M. G. H. Leges V 119 ff.
Lex Wisigothorum in Leges Visigoth. antiqu. ed. Zeumer, 1894.
Liutprandi leges in Ed. Lang. ed. Bluhme in M. G. H. Leges IV 96 ff.
Li Livres de Jostice et de Plet, ed. Rapetti (Coll. de doc. inéd.), Paris 1850.
Oesterreichische Weisthümer, gesammelt von der Kais. Akademie der Wissenschaften.
I. Bd., Salzb. Taidinge, her. v. Siegel u. Tomaschek, 1870.
II.—V. Bd., Tirol. Weisth., herausg. II—V 1 von v. Zingerle u. v. Inama-Sternegg, V 2 von v. Zingerle u. Egger, 1875—1891.
VI. Bd., Steir. u. Kärnth. Taid., herausg. v. Bischoff u. Schönbach, 1881.

VII. u. VIII. Bd., Niederösterr. W., herausg. v. Winter, 1886, 1896.
Les Olim ou Registres des Arrêts rendus par la cour du roi etc., publiés par le Comte Beugnot (Coll. de doc. inéd.), 4 Bde., 1839—1848.
Pactus Alamannorum in Leg. Alam. ed. Lehmann, S. 21 ff.
v. Richthofen, Friesische Rechtsquellen, 1840.
Sachsenspiegel, Landrecht ed. Weiske.
Schwabenspiegel, ed. Wackernagel, I. Bd., Landrecht, 1840.
Schott, Sammlungen zu den deutschen Land- und Stadtrechten, I. Bd. 1773, II. Bd. 1775, III. Bd. 1775.

Berichtigung.

S. 235 Z. 16 v. u. lies Bd. 1 C. 10 statt Bd. 1 S. 10.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 1896

VI.

Partikulares Gewohnheitsrecht?

Von Dr. **Carl Crome,** Professor der Rechte a. d. Universität Berlin.

Es ist noch nicht allzu lange her, daß die Berliner „Vorträge über den Entwurf des B.G.B.", nachmals als „Recht des B.G.B. in Einzeldarstellungen" herausgegeben und fortgesetzt [1]), fast die einzige wissenschaftliche Bearbeitung des neuen Rechts enthielten. Jetzt mehren sich in erfreulicher Weise die Anzeichen, daß das neue Recht nicht bloß der ödesten Routinenschreiberei zum Tummelplatze dienen, sondern auch ernste wissenschaftliche Bearbeitung erfahren soll, wobei es sich selbst mehr und mehr als würdiges Objekt gediegener Forschung und liebevoller Vertiefung enthüllt. So ist Aussicht vorhanden, daß durch das plötzliche Abreißen des Fadens, der uns mit einer über tausendjährigen Vergangenheit verband, nicht unserer Wissenschaft zugleich der Lebensfaden abgeschnitten und eine Zeit des Niedergangs kommen wird, wie wir sie bis zur Mitte unseres Jahrhunderts in Frankreich als eigenthümliche Frucht der großen Kodifikation staunend beobachten konnten. Freilich ist diese Gefahr für uns noch nicht vollkommen beseitigt, und sie wird nur dann dauernd beschworen werden können, wenn wir festhalten an Gebrauch und Kenntniß der alten Quellen — dem Born, aus welchem unsere Wissenschaft bisher die

1) Berlin, Guttentag, 1896 ff.

besten Kräfte geschöpft hat und sich gleichsam aus frischer Quelle täglich neu verjüngte. Dann allein auch werden wir im Stande sein, den Miethlingen zu wehren, die sich alsbald nach der Vollendung des Gesetzbuchs eilfertig am Platze einstellten und das noch unbeackerte Brachfeld wie als ihr Eigenthum in Anspruch nahmen. Noch wird es einen harten Kampf mit ihnen kosten; auch einen Ansturm gegen den Wall der Paragraphen, den sie und Andere sich aus der Fülle der gesetzlichen Bestimmungen um Kopf und Herz gezogen haben, und hinter welchem nur zu oft die reine Menschlichkeit erstickt. Fußbreit werden wir kämpfen müssen, bald auf dem romanistischen Flügel um die exceptio doli, die man in dem Gesetz „nicht findet" und darum vielfach nicht anerkennen will; bald auf dem germanistischen für Dinglichkeit von Nießbrauch und Pfandrecht an Rechten, die Niemand noch entschlossen zu vertheidigen wagt; bald wieder gegen Interpretationen wie diese [2]), daß ein Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes gegen den zweiten oder dritten Nachfolger des fehlerhaften Besitzers, der den Mangel seiner Vormänner kennt [3]) (nach § 858 Abs. 2), nicht zustehe u. dgl. Kurzum es findet sich auf Schritt und Tritt genug zu thun, und wir dürfen nicht rasten, bis eine vollständige monographische Bearbeitung der neuen Materien vorliegt. Erst dann können wir sagen, daß wir unser Recht wirklich besitzen und uns zu eigen gemacht haben; vorher ist jede systematische Darstellung im besten Falle nur ein Versuch und führt vielfach am letzten Ende in die Irre.

Demnach sind die Anfänge solcher monographischen Ar-

2) Vergl. Bunsen, Einführung in das B.G.B. Bd. 2 § 4 S. 20.

3) Also die Umstände, welche — nach Maßgabe von §§ 861, 862 — die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seiner Vormänner begründen müssen. S. auch Strohal, Der Sachbesitz nach dem B.G.B., in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 38 S. 123 ff.

beiten in unseren Hauptzeitschriften besonders zu begrüßen. Fordert auch eine oder andere dieser Arbeiten zum Widerspruch heraus — das Ganze kann bei solchem Streite nur gewinnen. In diesem Sinne greife ich aus den neuesten Veröffentlichungen der vorliegenden Zeitschrift über das neue bürgerliche Recht den Aufsatz von Krückmann über das Gewohnheitsrecht heraus[4]), der m. E. energischer Berichtigung bedarf. Mit dieser setze ich nur ein unlängst schon öfter[5]) gegen drohende Verfälschung des neuen Rechts geübtes Kampfverfahren fort. Trotz meiner vorhin nicht absichtslos betonten Abneigung gegen die Jurisprudenz der Buchstaben und Paragraphen muß ich die Ausführungen Krückmann's nachdrücklich zurückweisen. Dieselben gipfeln in dem Satze, daß das B.G.B. in Zukunft nicht bloß durch Reichsgewohnheitsrecht, sondern auch durch partikulare Gewohnheiten werde ergänzt und abgeändert werden können: daß also auch da, wo nicht ausnahmsweise, zufolge der in Art. 55 ff. des Einführungsgesetzes erwähnten Vorbehalte, das Landesrecht noch gilt oder das Reichsrecht selbst auf lokale gewohnheitsrechtliche Bestimmungen verweist, partikulares Gewohnheitsrecht bis zu gewissem Grad das Reichsrecht brechen, und ebenso dasselbe werde ergänzen können, auch wenn das Reichsrecht eine solche Ergänzung nicht will. Es stände danach also das partikulare Gewohnheitsrecht über dem Reichsrecht, wie denn auch Krückmann klipp und klar die Frage formulirt. Er stellt den Grundsatz auf, daß in der

4) Paul Krückmann, Das Gewohnheitsrecht und das B.G.B., in diesen Jahrbüchern, Bd. 38 S. 191 ff.

5) Vergl. z. B. meinen Aufsatz: Die juristische Natur der Miethe nach dem deutschen B.G.B. in den Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 37 S. 1. Ferner meine Partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht (1897) S. 255 ff. (Geschäftsbesorgung), S. 317 ff. (Zufall bei der Werkverdingung), S. 464 ff. (depositum irregulare) 2c.

That partikulare Gewohnheiten auch dann als objektives Recht zur Anerkennung kommen sollen, wenn sie nicht unter die vom Reichsrecht ausdrücklich zugelassenen Ausnahmen fallen. Es sei dies nicht nur mit dem Wortlaut des Gesetzes vollkommen vereinbar, sondern auch aus praktischen Gründen unerläßlich[6]).

Ich hoffe nachweisen zu können, daß diese These nach beiden Seiten hin unhaltbar ist. Ich werde mit den „praktischen Gründen" beginnen — den Inhalt des Gesetzes erst weiterhin zum Gegenstand meiner Betrachtung machen. Die ersteren sind meiner Ansicht nach am wenigsten überzeugend, während die weitere Deduktion in der That mit gewissen Schwierigkeiten zu kämpfen hat.

I.

Was zur praktischen Empfehlung des bloß ergänzenden partikularen Gewohnheitsrechts von Krückmann vorgebracht wird, ist im Grunde nichts Anderes, als was schon seiner Zeit der 5. deutsche Juristentag zu Gunsten des ergänzenden Gewohnheitsrechts überhaupt anführte, auf dessen Autorität sich Krückmann merkwürdiger Weise nicht beruft. Er sagt, es könne Fälle geben, in denen eine Ergänzung des Gesetzes unumgänglich nöthig sei, aber nicht erfolge, und ein ergänzendes Reichsgewohnheitsrecht ausbleibe. Dann könne Hülfe nur vom partikularen Gewohnheitsrechte kommen[1]). So hatte seiner Zeit auch schon der Juristentag — konform dem Beseler'schen Gutachten — den Grundsatz aufgestellt, daß zunächst oder ursprünglich Gesetz und Gewohnheit als selbständige Rechtsquellen in gleicher Kraft und Bedeutung neben einander stehen und daß die Aufhebung des Gewohnheitsrechts durch die Gesetzgebung ohne besonderes Bedürfniß nicht ge-

6) S. a. a. O. S. 198, 199.

1) Krückmann, a. a. O. S. 199.

rechtfertigt sei. Umgekehrt, daß eine umfassende Gesetzgebung (Kodifikation) die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts nicht anzuerkennen, dasselbe als ergänzende Rechtsquelle dagegen zuzulassen und nur aus besonderen Gründen, soweit diese reichen, auszuschließen oder zu beschränken habe [2]).

Dementsprechend haben sich zur Entwurfszeit manche gewichtige Stimmen für die Zulassung des bloß ergänzenden Gewohnheitsrechts, einschließlich des partikularen, ausgesprochen [3]). Daß es sich hierbei lediglich um eine Anregung an den Gesetzgeber handelte, ist ohne weiteres klar. Letzterer ist jedoch, soweit die Frage das partikulare Gewohnheitsrecht betrifft, erweislich der Anregung nicht gefolgt. Das ergiebt sich aus dem bekannten Standpunkte der Kommission, welche von dem gemeiniglich vertretenen Grundsatz ausging [4]), daß sich die Vorschrift des Art. 2 der Reichsverfassung, wonach die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen, auch auf das Gewohnheitsrecht beziehe [5]). Man wollte also, indem man die Aufnahme einer besonderen, das Gewohnheitsrecht betreffenden

---

2) S. Verhandlungen des 5. deutschen Juristentags, Bd. 1 S. 3 ff., 102 ff., Bd. 2 S. 84 ff.

3) Vergl. Gierke, Der Entwurf des B.G.B. und das deutsche Recht (1889), S. 128; Eck, Vorträge, I (1896) S. 1. Wie man den Satz des letzteren Schriftstellers: „dagegen bleibt die Entstehung von Gewohnheitsrecht jeder Art für solche Verhältnisse, über welche das Reichsrecht nichts bestimmt (praeter legem), am besten unverkümmert", als etwas Anderes hat auffassen können, denn als eine Kritik des Entwurfs und eine Mahnung an den Gesetzgeber, ist mir unerfindlich. Endemann, Einführung, § 12 Note 4, wie Krückmann, a. a. O. sehen den Satz ganz unberechtigt als eine Aeußerung de lege lata an. Allzu entgegenkommend Eck, Vorträge (1898) S. 22, daß er seine frühere Meinung zurücknehme.

4) Allerdings ist dieser Grundsatz jetzt lebhaft angefochten. S. darüber unten.

5) Protokolle der II. Kommission, S. 8770 ff.; vergl. Planck, Kommentar zum B.G.B., I. Vorbemerkungen S. 34 ff.; Küntzel i. d. Beiträgen z. Erl. des deutschen Rechts, Bd. 41 S. 488.

Vorschrift ablehnte, gemeines deutsches oder Reichsgewohnheitsrecht zulassen, das partikulare Gewohnheitsrecht hingegen auch in seiner ergänzenden Funktion verwerfen. Freilich erhebt sich danach noch die Frage, ob dieser Wille im Gesetze selbst genügenden Ausdruck gefunden hat, um als maßgebender Gesetzesinhalt in Betracht zu kommen. Das könnte bei oberflächlicher Betrachtung um deswillen verneint werden, weil das Gesetzbuch des Gewohnheitsrechts nicht besonders gedenkt. Darauf fußt denn auch ganz spezifisch Krückmann[6]). Wir werden darauf noch weiter unten zurückkommen. Hier wollen wir den praktischen Erwägungen des letzteren Schriftstellers zunächst diejenigen entgegenstellen, welche für den Gesetzgeber leitend gewesen sind, zumal derselbe damit auch, wie sich alsbald ergiebt, durchaus im Rahmen der Juristentagsbeschlüsse verblieben ist.

In erster Linie ist vom praktischen Gesichtspunkt aus zu sagen, daß der Fall, für welchen Krückmann sein ergänzendes partikulares Gewohnheitsrecht als nothwendiges Hülfsmittel der Rechtsentwickelung postulirt, in Wirklichkeit in dieser Weise gar nicht existirt. Einmal ist in der heutigen Zeit, wo allenthalben eher über den zu schnellen als zu langsamen Gang der Gesetzgebungsmaschine geklagt wird, kaum zu fürchten, daß die Gesetzgebung so sehr ins Stocken gerathen werde, daß es des Eingreifens derartiger Gewohnheiten zur nothwendigen Fortbildung des Rechts bedürfte[7]). In heutiger Zeit wird die Bedeutung jeglichen Gewohnheitsrechts viel mehr auf derogatorischem als auf dem bloß ergänzenden

6) Vergl. a. a. O. S. 200 Anm. 1.

7) S. auch Oertmann, Volksrecht und Gesetzesrecht (Vortrag), 1898, S. 82 ff.

Gebiete liegen. Die Gewohnheit wird in Kampf treten mit dem geschriebenen Gesetzeswort, das immer einen Stillstand in der Rechtsentwickelung bedeutet; sie wird in Kampf treten mit der Auffassung der Regierenden, welche vielfach an diesem Wort als einem Bollwerk gegen den Ansturm neuer, fremder Gewalten und Ideen festhalten. Da soll, wie gleich zu zeigen, die Gemeinüberzeugung des ganzen Volkes wirksam werden — die bloß örtliche, lokale oder sonst begrenzte, gänzlich unbeachtet bleiben.

Ist also wohl schon kaum neben Gesetz und neben dem freien Walten eines allgemeinen Gewohnheitsrechts, von dem das Reichsgesetzbuch ausgeht, zum Eingreifen ergänzender partikularer Rechtsgewohnheiten Veranlassung, so wird deren Bethätigung vollends noch durch den Umstand illusorisch, daß eine bloß ergänzende Funktion des Gewohnheitsrechts thatsächlich überhaupt fast niemals vorkommt, sondern immer mehr oder weniger von einer Abänderung des bestehenden Rechtszustandes begleitet ist. Das erkennt auch Krückmann[8]) selbst an und spricht die Erwartung aus, daß in jeder Ergänzung schließlich auch ein Stück Abänderung stecken werde. Ohne den Fortbestand der derogatorischen Kraft des partikularen Gewohnheitsrechts gegenüber dem Reichsrecht ist also die Vertheidigung des bloß ergänzenden werthlos. Sie fällt praktisch mit jenem. Und darum können wir wohl auch für die vorliegende Betrachtung den Schwerpunkt auf die Erörterung der derogatorischen Funktion verlegen.

Nur das mag noch hervorgehoben werden, daß es hiernach keine „mechanische Auffassung" der deutschen Rechtseinheit ist[9]), wenn wir mit dem abändernden auch dem ergänzenden Gewohnheitsrecht den Weg versperren wollen, sondern

8) a. a. O. S. 207.
9) Gierke, Der Entwurf, S. 128.

daß beide thatsächlich verbunden sind, so daß das Schicksal des einen das andere nachzieht. Im Gegentheil, ich glaube, daß wir dem Gesetzgeber Dank wissen müssen, wenn er die Möglichkeit des Zweifels ausschloß, ob ein thatsächlich irgendwo entstandenes Gewohnheitsrecht zufällig ein rein ergänzendes sei und als solches Anerkennung verdiene: eine Frage, die stets einen langwierigen Prozeß heraufbeschwören und auf diese Art mehr Schaden anrichten würde, als die ausnahmslose Beseitigung aller partikularen Gewohnheiten.

Für die Ergänzung des Gesetzes durch die letzteren ist überdies nach der jetzigen Gestaltung um so weniger Veranlassung, als das Gesetz selbst dem Richter bei der Rechtsanwendung zur Berücksichtigung aller, auch der örtlichen Verhältnisse und konkreten Bedürfnisse den weitesten Spielraum läßt; — in einer Weise, wie es zur Zeit, als Gierke schrieb, auch noch nicht annähernd der Fall war. Dadurch ist in entsprechendem Maß auch das Bedürfniß für einen Ausbau der gesetzlichen Bestimmungen durch partikulares Gewohnheitsrecht hinweggefallen. Wie dieses freie richterliche Ermessen bei Anwendung der Rechtsnormen heutzutage im Gesetz nach den verschiedensten Richtungen hin zur Geltung kommt, hat Endemann sehr ansprechend zum Ausdrucke gebracht[10]). Mit Recht wird da hervorgehoben, daß die richtige Anwendung dieser in das Gesetz eingeschobenen „beweglichen Faktoren" und die dem Richter allenthalben zur Pflicht gemachte Berücksichtigung von Treu und Glauben, der Verkehrssitte und des wirklichen Willens der Parteien im Gegensatz zum buchstäblichen Sinn der Worte, in Zukunft die Möglichkeit gewährt, in ähnlicher Art wie einst die römischen Juristen und neuerdings die durch ihren frischen

10) Vergl. Endemann, Einführung, § 11.

Sinn und Takt ausgezeichnete französische Rechtsprechung, durch freie kasuistische Behandlung das Recht selbst fortzubilden und auch da den fortschreitenden Anforderungen des Lebens gerecht zu werden, wo das Gesetz nicht unmittelbar selbst jede Einzelheit vorgesehen hat: — also nach Maßgabe seines nicht durch den Buchstaben eingeschränkten wirklichen Willens! Eines partikularen Gewohnheitsrechts bedarf es daneben nicht.

II.

Noch schlimmer ist es mit den „praktischen Argumenten" zu Gunsten des abändernden partikularen Gewohnheitsrechts bestellt. Was da von Krückmann ins Feld geführt wird, läuft im Grunde nicht über die Behauptung der Unschädlichkeit eines solchen, dem Reichsrecht derogirenden Gewohnheitsrechts hinaus. Mit dieser Erfindung steht Krückmann ganz allein; selbst Gierke, Eck und der Juristentag haben der derogirenden Kraft des Gewohnheitsrechtes überhaupt, oder wenigstens des partikularen, gegenüber einer umfassenden Gesetzgebung (Kodifikation des bürgerlichen Rechts), wie sie das Reichsgesetzbuch enthält, niemals das Wort geredet. In Einklang findet sich Krückmann nur mit den extremen Vertheidigern der theoretischen Allmacht des Gewohnheitsrechts, die er anscheinend noch überbieten will [1]), und deren Anschauung in ihrer Gefährlichkeit nicht minder, als in ihrem Anachronismus für heutige Verhältnisse verschleiert werden soll. Auch Oertmann hat in jüngster Zeit in einem lesenswerthen Aufsatz über „Volksrecht und Gesetzesrecht" [2]) auf den hiergegen von neuem zu führenden Kampf hingewiesen und den Geist eines neuen Puchta herauf-

1) Vergl. z. B. die Anmerkung auf S. 202 a. a. O. in fine.

2) Vortrag, gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden (1898), S. 20 ff.

beschworen, der die Lehre des Gewohnheitsrechts von neuem von solchen Schlacken und Uebertreibungen befreien soll. Ich freue mich, aus dieser mir erst fast nach Fertigstellung der gegenwärtigen Arbeit zugegangenen Schrift von neuem zu ersehen, wie meine Ansichten mit denen dieses maßvollen, allen extravaganten Anschauungen abholden Juristen zusammenstimmen. Wenn der knapp gehaltene Vortrag von einer besonderen Begründung der ausgesprochenen Ansicht Abstand nimmt [8]), so erscheint diese nunmehr doppelt geboten. Ich werde mich dabei aber, da ich die derogatorische Kraft des gemeinen Gewohnheitsrechts ausdrücklich zugebe und nur den fortdauernden Einfluß des partikularen Gewohnheitsrechts gegenüber dem (widerstrebenden) Reichsrecht bestreite, auf die prinzipielle Natur der beiden Rechtsquellen hier nur ganz kurz einzulassen brauchen. Zunächst will ich in dieser Hinsicht nur bekennen, daß ich, wie sich aus Obigem von selbst versteht, durchaus von der tiefgründigen Bedeutung des Gewohnheitsrechts als eines an sich dem Gesetze ebenbürtigen

---

8) In der Anmerkung S. 20 a. a. O. wird nur gesagt, daß der Verf. prinzipiell den Standpunkt billigt, wonach derogatorisches gemeines Gewohnheitsrecht frei zuzulassen ist, partikulares dagegen an dem Geist der Reichsverfassung Art. 2, wonach die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen, scheitern muß. Das ist nach Krückmann zwar ein tadelnswerther Irrthum (Jahrb. a. a. O., S. 200 N. 1); doch sind es nicht die schlechtesten Juristen, die ihn begangen haben und — wie ich zu zeigen hoffe — mit gutem Grund. Oertmann sagt nur: Mag der Gesetzgeber auch nicht die Kompetenz besitzen, über die Geltungskraft beider Rechtsquellen bindende Bestimmungen zu treffen, so setzt das doch voraus, daß es sich um die Rechtsbildung derselben oder einer äquivalenten Rechtsgemeinschaft handelt. Als solche können aber dem Reiche gegenüber die Einzelstaaten nicht mehr anerkannt werden. Ihnen ist durch Art 2 ... die Kraft versagt, auf dem vom Gemeinwillen des Reiches eingenommenen Terrain noch einen gleichwerthigen Gemeinwillen zu bilden — und das muß für den Weg der Gewohnheit nicht mehr, aber auch nicht minder gelten, als für den des Gesetzes. Also im Wesentlichen wie Windscheid, Pand. § 18 N. 2.

Rechtsfaktors überzeugt bin[4]). Die Anschauung derjenigen, welche die Geltungskraft des Gewohnheitsrechts auf eine stillschweigende Zustimmung des Staats und seiner Gesetzgebungsgewalt zurückführten, erachte ich als gänzlich abgethan. Diese Anschauung ließ das Gewohnheitsrecht bestätigen durch Organe, die letzteres theilweise selbst geschaffen hatte! Gleichwohl darf man in heutiger Zeit weder vergessen, daß das Gewohnheitsrecht nicht mehr die umfängliche Bedeutung haben kann, welche ihm ehemals zukam, als die Gesetzgebung noch gewissermaßen in den Kinderschuhen steckte, noch die Gefahren übersehen, welche die regellose und unkontrolirte Rechtsbildung durch die von keiner Fessel und formalen Schranke eingeengte Volksüberzeugung und Uebung unter dem schillernden Deckmantel der Spontaneität und Unmittelbarkeit dieser Rechtsquelle nicht selten mit sich bringt. Auf diese Gefahren haben schon Jhering[5]), v. Petrazycki[6]) und neuerdings mit Recht auch wieder Oertmann[7]) hingewiesen. Gewohnheitsrechtliche Bildungen können, wo lebhafte Interessengegensätze im Volk bestehen, unter Umständen eine durchaus antisoziale Gestalt annehmen: die mächtigere Klasse drückt der minder mächtigen im Lauf der Zeit einfach eine gewisse Uebung als Rechtszustand auf; und gerade die Bedrängten sind es alsdann, welche gegen diese Vergewaltigung den Schutz der Staatsgewalt, des unparteiischen Gesetzgebers anrufen. So kommt es vor, von der römischen Zwölftafelgesetzgebung ab, in der die Plebs sich die soziale Freiheit und Gleichstellung errang, bis in die neueste Zeit, von welcher mit Recht behauptet worden

---

4) Vergl. darüber besonders Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1 S. 161 ff., wo auch die neuere Litteratur verzeichnet ist.

5) Geist des römischen Rechts (5. Aufl.), Bd. 2 Abth. 1 § 25 N. 14.

6) Lehre vom Einkommen, Bd. 2 S. 494 ff. Anm. 1, S. 522 u. 599.

7) Volksrecht und Gesetzesrecht, S. 29 ff.

ist, daß große soziale Einrichtungen, wie unsere Arbeiterschutz- und Versicherungsgesetzgebung sich wohl niemals durch freie Uebung der Betheiligten, also auf gewohnheitsrechtlichem Wege hätten einführen lassen.

Daß schließlich das Gewohnheitsrecht infolge der ihm anhaftenden Unsicherheit, Ungewißheit und nicht selten umständlichen Beweisbedürftigkeit in seiner *praktischen Bedeutung* als Rechtsquelle für heutige Verhältnisse weit unter dem Gesetzesrechte steht, ist zu bekannt, als daß es hier weiter hervorgehoben zu werden brauchte.

Mit einem Wort: was *theoretisch* und *ehemals* auch praktisch gleichwerthig war, ist es darum noch keineswegs entsprechend in heutiger Zeit, in welcher wir an die Zuverlässigkeit und technische Ausbildung der Rechtsordnung Anforderungen stellen, welche das Gewohnheitsrecht nur in beschränktem Maße zu erfüllen vermag. Darum sagte schon der Juristentag mit Recht, daß, unbeschadet der Anerkennung von Gesetz und Gewohnheit als ursprünglich gleichwerthiger Rechtsquellen, eine moderne Kodifikation sich dem Gewohnheitsrechte gegenüber *von ihren besonderen Bedürfnissen leiten lassen dürfe* und — während sonst im Allgemeinen ein Angriff der einen Rechtsquelle auf die andere unziemlich erscheint — um der ihr innewohnenden höheren Zwecke willen die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts ganz ausschließen könne.

Wir sehen, daß die Reichsgesetzgebung nicht einmal so weit gegangen ist. Sie hat das Reichs- oder gemeine Gewohnheitsrecht auch in seiner derogatorischen Funktion zugelassen und sich dabei von dem gewiß richtigen Gedanken leiten lassen, daß eine Uebung und Rechtsüberzeugung, die Gemeingut des ganzen Volks geworden ist, weder nach ihrem Inhalt unsicher sei noch nach der sozialen und ethischen Seite

hin beanstandet werden könne. Denn alle menschlichen Einrichtungen, und so auch Recht und Sitte, wirthschaftliche und politische Tendenzen, befinden sich in stetem Fluß: man kann die ganze Kulturentwickelung eines Volks nicht auf den todten Buchstaben festnageln, und wenn er noch so oft Gesetz ist. Sie wird sich immer unaufhaltsam Bahn brechen. Hat darum die Gewohnheit einen solchen Umfang, so ist sie Recht und muß Recht sein, und kein Gesetzgeber kann sich dagegen sträuben. Auch wir treiben nicht deshalb Dogmatik und bestreben uns, das Recht fortzubilden, damit uns im Lauf der Zeit einmal ein einsichtiger Gesetzgeber erhöre, wenn wir das Glück haben, von ihm verstanden zu werden; sondern wir wenden uns unmittelbar an's Volk und an die Praxis, auch wo wir über die Auslegung des geschriebenen Rechts hinausgehen, und suchen dadurch zur Bildung einer Volksüberzeugung und Uebung beizutragen, welche den neuen Satz in das System des objektiven Rechts hinüberträgt. Sie soll ihn heiligen und wiedererzeugen durch die Gewohnheit. Wie mancher Rechtssatz ist nicht schon auf diese Art dem widerstrebenden Gesetzgeber entrissen worden, den er wohl nie aus freien Stücken dem Volke dargeboten hätte. Daher ist es verfehlt, wenn Endemann[8]) auch dem gemeinen Gewohnheitsrecht die derogatorische Kraft gegenüber den Reichsgesetzen absprechen will: im Gegentheil es wird sich immer mit elementarer Kraft bethätigen und durchringen.

Aehnlich verhält es sich mit dem partikularen Gewohnheitsrecht auf den Gebieten, auf welchen ein Reichsrecht noch nicht existirt oder wo in dem letzteren auf landesrechtliche Gesetzes- oder sonstige Vorschriften verwiesen wird. Auch da besteht kein Anstand, die (partikulare) Rechtsvorschrift

8) Einführung, § 12 S. 52.

durch gewohnheitsrechtliche Bildungen von gleicher Umfänglichkeit abändern oder beseitigen zu lassen. Auch da stehen sich im Wandel dieser Dinge Autoritäten von prinzipiell[9]) gleicher Bedeutung gegenüber, und ein Schaden für die Allgemeinheit kann aus der Aenderung nicht wohl entstehen. Schwerlich wird die Rechtssicherheit, die überall im kleinen Kreise mehr und besser gewährleistet ist als im großen, darunter leiden; und regelmäßig fehlt hier auch ein höheres Interesse, das sich dem freien Spiel der Kräfte auf derartig beschränktem Gebiet entgegenstellt.

Ganz anders liegt die Sache, wo eine Aenderung des Reichsrechts wider seinen Willen durch lokale Gewohnheiten in Frage steht. Eine solche Aenderung würde nicht anders, denn als eine Zersetzung und langsame Auflösung unserer Rechtseinheit anzusehen sein. Hier läge für unser Volk eine furchtbare Gefahr verborgen. Grund genug, um nach dem Ausspruch des Juristentages die Gesetzgebung zu ermächtigen, den Einfluß derartiger Gewohnheiten auf das kodifizirte Reichsrecht gänzlich auszuschließen. Wenn der Gesetzgeber dies also wirklich gethan hat, so ergiebt sich aus dem Gesagten hinlänglich sein Recht dazu: auch daß er mit einem solchen Vorgehen durchaus im Rahmen der Juristentagsbeschlüsse geblieben ist. Es verlohnt sich, auf diese wissenschaftliche Rechtfertigung des Beginnens von vornherein aufmerksam zu machen.

Freilich bemüht sich Krückmann, die Ungefährlichkeit derartiger partikularer Gewohnheiten, auch wenn sie dem Reichsrecht widersprechen, darzuthun. Unserer Rechtseinheit

---

9) Nicht nothwendig territorial gleicher Bedeutung! Der territoriale Umfang eines Gewohnheitsrechts, welches gesetzliche Vorschriften abändert, wird selten wohl genau mit dem räumlichen Bezirke jener geschriebenen Rechtsnormen zusammenfallen.

drohe viel größere Gefahr von der partikularen Gesetzgebung als von dem partikularen Gewohnheitsrecht, weil erstere viel mehr den Gefahren der Willkür, Uebereilung und den Einflüssen doktrinärer Befangenheit ausgesetzt sei, als das Gewohnheitsrecht [10]). Aber wenn das wahr wäre — wir lernten oben schon die unter Umständen nicht minder großen Gefahren und Schattenseiten der gewohnheitsmäßigen Rechtsbildung kennen — was soll damit für unsere Frage bewiesen werden? Ist denn nicht die Partikulargesetzgebung verfassungsmäßig vinkulirt? Wie soll sie denn, wenn keine völlige Anarchie eintritt, die ihr gesetzte Kompetenz überschreiten; während doch umgekehrt von Krückmann für das partikulare Gewohnheitsrecht schon unter dem bestehenden Zustande freie Bahn verlangt wird! Nicht besser verhält es sich mit der Behauptung, es werde das partikulare Gewohnheitsrecht, wenn man es zulasse, niemals auch nur annähernd eine so umfassende Wirksamkeit entfalten oder einen so großen Wirkungskreis erlangen, wie das von jeder Schranke befreite Gesetzesrecht [11]) ihn sich zu verschaffen vermöge und thatsächlich schon oft verschafft habe [12]).

Wäre die Sache in der That so unbedeutend, so verlohnte es sich allerdings nicht, darüber viele Worte zu verlieren. Es träfe dann auch das oben aus dem Votum des Juristentags gezogene Argument für die Berechtigung eines positiven Ausschlusses dieses Gewohnheitsrechts durch die Gesetzgebung nicht zu. Es ist in der That sehr geschickt, wenn auch wenig juristisch, in dieser Weise eine Position zu vertheidigen, indem man den Gegner über die Gefahren, die sie in sich schließt, in Sicher-

---

10) Krückmann a. a. O. S. 200 ff.

11) Als partikulares Gesetzesrecht ist es nach den obigen Ausführungen bei uns eben nicht von jeder Schranke befreit.

12) a. a. O. S. 201 ff.

heit einwiegt. Da verlohnt es sich denn doch, die nackte Wahrheit zu enthüllen.

Es handelt sich bei der Frage nach der Zulassung des partikularen Gewohnheitsrechts um ein Prinzip, welches nicht anders formulirt werden kann, als so: soll in Zukunft das Reichsrecht grundsätzlich die erste, unmittelbar anwendbare, oder eine subsidiäre Rechtsquelle sein? Von Alters her hat dem deutschen Volke der Satz im Blut gelegen: „Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Reichs- oder gemeines Recht". So war es stets unter dem Scepter des alten Reiches. Das Recht des letzteren war auf die höchste, aber auch auf die entfernteste Stufe gerückt — so hoch, daß möglichst kein Mensch seiner mehr gewahr wurde. Die Folge dieses Systems war das beklagenswerthe Ueberhandnehmen der centrifugalen Bestrebungen, die schließlich zur Auflösung des alten Reiches führten und führen mußten, auch wenn kein Bonaparte den äußeren Anlaß zu derselben gegeben hätte.

„Das alte heil'ge röm'sche Reich,
Wie hält's nur noch zusammen?"

sang man schon lange vorher. Derartige Mißgriffe auszuschließen, den übermäßig ins Kraut schießenden Partikularismus einzudämmen, war die oberste Lehre, die wir bei Gründung des neuen Reiches aus blutigen Erfahrungen unserer Geschichte gezogen haben; und ich meine, sie sollten auf ewig unvergessen bleiben! Unser Reichsrecht soll nicht nur an oberster, sondern auch an erster Stelle stehen — vor allen anderen Rechtsbildungen zur Anwendung kommen. Davon wird heutzutage auf allen Gebieten ausgegangen; denn wir wissen: ohne diesen Grundsatz kann das Reich selbst auf die Dauer nicht bestehen. Dem muß sich also Alles unter-

ordnen — dieser politischen Nothwendigkeit haben wir schon mehr als einmal ein Opfer des juristischen Intellekts gebracht. Ich erinnere an die Gestaltung des Rechtsmittels der Revision in unserer Reichscivilprozeßordnung, welches wir im Interesse der Erhaltung der Rechtseinheit an das verhältnißmäßig unbeholfene und technisch unschöne Mittel einer sog. Revisionssumme gebunden haben — lediglich deshalb, weil das prozessualisch nächstliegende und konsequente Mittel: die Bindung der Revision an das Nichtvorliegen zweier übereinstimmender Entscheidungen der unteren Gerichte, sich für unsere Zustände als ganz unbrauchbar erwies. Mit Recht ward darauf aufmerksam gemacht, daß der gesetzliche Ausschluß der Revision beim Vorliegen zweier solch übereinstimmender Entscheidungen (duae conformes) das eigentliche Ziel des Rechtsmittels, die Herstellung der Rechtseinheit, gefährden würde, da sie den unteren Instanzen die Möglichkeit eröffnete, sich mittelst übereinstimmend gehaltener Entscheidungen in prinzipiellen Fragen von der Autorität des obersten Gerichtshofs zu emanzipiren. Diese Gefahr wäre nach Einführung des B.G.B. ins Ungeheure gewachsen. Das weiten Kreisen des Volkes innewohnende Beharrungsvermögen hätte auf diesem Wege leicht in großem Umfang das örtlich Bestehende konserviren, die ganze Einheit des bürgerlichen Rechtes hintertreiben können. Mit gutem Grund hat man daher in dieser Frage alle juristischen und wirthschaftlichen Bedenken beiseite gesetzt und an der Revisionssumme, als dem geringeren Uebel, festgehalten. Aus ähnlichen Gründen wurde im ehelichen Güterrecht das Regionalsystem verworfen, ein einheitliches gesetzliches Güterrecht aufgestellt und bei den zulässigen Privatvereinbarungen über einen anderen Güterstand jede Verweisung auf ehemalige oder ausländische Rechtssysteme ausgeschlossen. § 1433 B.G.B. Alles

das ist geschehen aus praktischen, politischen Gründen: aus einem Gebot der Nothwendigkeit, dem gegenüber die rein doktrinellen Erwägungen über die Schönheit der Irrevisibilität von duae conformes und über die prinzipielle Freiheit der Einzelnen in ihren Privatverabredungen weichen mußten. Wenn die Gefahr partikularer Zersetzung des Reichsrechts dem Gesetzgeber groß genug erschien, um jene theoretisch kaum zu rechtfertigenden oder wenigstens durch die Natur der Sache nicht geforderten Bestimmungen zu treffen, so ist sie ihm auch sicher groß genug erschienen, um die ganz ebenmäßige Zersetzung durch partikulare Gewohnheitsrechte auszuschließen. Dagegen läßt sich aus der begrifflichen Natur der letzteren nichts einwenden. Es entscheidet einzig das praktische, politische Moment. Die von partikularistischer Gesetzgebung, Rechtsprechung und Parteivereinbarung dem Reichsrecht drohenden Gefahren haben wir auf allen Gebieten ausgeschlossen — und durch die Pforte des partikularen Gewohnheitsrechtes sollten wir sie wiederum hereinlassen? Das kann dem Willen des Reichsrechts nicht entsprechen; eine solche Lücke ist ihm nicht zuzutrauen. Am allerletzten läßt sie sich erklären aus der praktischen Ungefährlichkeit dieses Gewohnheitsrechts. Mit gleichem Grund ließe sich sagen, daß die Gerichte, welche nach Recht und Gesetz zu urtheilen haben, die Macht der duae conformes nicht in reichsfeindlichem Sinn benutzen würden. Das kann man anerkennen und es dennoch richtig finden, daß den Gerichten diese Macht nicht in die Hand gelegt wurde. Denn die Kraft der Rechtsordnung muß sich in schlechter Zeit bewähren — in der guten droht der Lockerung des Bandes so wie so nur mindere Gefahr. Krückmann hat nur die gute Zeit im Auge. Noch ist das Band, das kaum geschlungene, nicht gelockert — das Reichsrecht als oberste, unweigerlich anwendbare

Rechtsquelle allenthalben anerkannt. Die destruktive Theorie des partikularen Gewohnheitsrechts ist erst im Anzuge. Erfolgt ihre Widerlegung nicht bei Zeiten, so könnte sie mehr Unheil anrichten, als die gegenwärtigen Verfechter derselben wünschen möchten. Wird erst das Reichsrecht nicht mehr in den Territorien als ein Noli me tangere geachtet, hält man sich fähig und befugt, daran herumzumäkeln, angeblich „nicht Passendes“ beiseite zu schieben und andere Formen dafür zu erfinden[13]), dann würde der Abbröckelungsprozeß wohl bald auf der gesammten Linie beginnen. Auch hier kommt der Appetit schnell mit dem Essen.

III.

Was hier eine *politische* Frage genannt wurde, wird neuerdings von Anderen als eine *reine Machtfrage* bezeichnet. Die Vertreter dieser Richtung leugnen die Zuständigkeit der Gesetzgebung, in das Verhältniß von Gesetz und Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle regelnd einzugreifen und dasselbe — auch nach politischem Gesichtspunkt — näher zu bestimmen. Sie gehen dabei von der inneren Gleichberechtigung der beiden Rechtsquellen aus, von denen keine den Ausgangspunkt der anderen bilde und demgemäß auch ihren Geltungsumfang bestimmen könne. Der Ausgangspunkt des Gewohnheitsrechts liege auf dem Felde *nackter unjuristischer Thatsachen*[1]). Das ist an sich gewiß richtig. Wir

---

13) *Krückmann* geht so weit, daß er sogar die partikular-gewohnheitsrechtliche Bildung anderweitiger *Testamentsformen* neben den reichsgesetzlichen für möglich hält. Vergl. darüber noch unten.

1) So insbesondere *Cosack*, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1 S. 38 ff., in Anlehnung an *Schuppe*, Gewohnheitsrecht, bes. S. 150 ff. u. A. Vgl. *Hellmann*, Krit. Vierteljahrsschr., Bd. 40 S. 178.

haben diese Sätze schon oben anerkannt[2]) und insbesondere für das gemeine Gewohnheitsrecht die volle Konsequenz daraus gezogen.

Folgt aber das aus diesen Sätzen, daß auf Grund der in Rede stehenden Natur des Gewohnheitsrechts, als einer aus sich geltenden Rechtsquelle, nunmehr die ganze Frage der politischen Regelung durch Staat und Gesetz, namentlich in heutiger Zeit entrückt sei, so daß Staat und Gesetz ihre Zuständigkeit überschreiten, wenn sie die Geltung des Gewohnheitsrechts beschränken, insbesondere es wie hier als partikulares abschaffen? Die letztere Konsequenz zieht selbst die Mehrzahl derjenigen Schriftsteller nicht, welche, wie ich, von der prinzipiellen Gleichwerthigkeit des Gewohnheits- und Gesetzesrechts durchdrungen sind. Sie haben sich fast ausnahmslos gegen die derogatorische Kraft des partikularen Gewohnheitsrechts erklärt[3]). Auf ähnlichem Standpunkt steht der Juristentag. Die Zulässigkeit politischer Regelung durch das Gesetz ist also überwiegend anerkannt. Auch die Begründung kann keine Schwierigkeit bereiten.

Wir stehen doch nicht mehr am Uranfang der Zeiten, in welchem die an sich gleichwerthigen Rechtsquellen in freier Kraftentfaltung auf einander einwirken konnten — sonstige Hindernisse und Rücksichten nicht existirten. Da-

---

2) „Nur mit ein bischen anderen Worten". Vergl. oben II bei Note 4. Denn daß das Feld der reinen Thatsachen zugleich das der unjuristischen sei, möchte ich gerade hier bezweifeln. Thatsachen, an die sich Rechtsfolgen knüpfen, sind m. E. auch juristische. Wie es mit diesen Thatsachen und ihren Folgen aber hier bestellt ist, soll alsbald untersucht werden.

3) So besonders Gierke, Der Entwurf, S. 123 ff. und Deutsches Privatrecht, Bd. 1 § 22 S. 184 N. 6 gegenüber § 20 S. 161; Regelsberger, Pandekten, Bd. 1 § 29 S. 119 N. 5; Hartmann im Archiv für civ. Praxis, Bd. 73 S. 325; Eck, Vorträge, (1896) S. 1 u. (1898) S. 22 ff.; Oertmann, Volksrecht und Gesetzesrecht, S. 20, u. A.

mals war die prinzipielle Gleichstellung der beiden Rechtsfaktoren wohl auch eine thatsächliche; ja umgekehrt wird häufig die Macht der Gewohnheit überwogen haben, weil ein ausgebildetes Staats- und Gesetzeswesen nicht existirte und die Gewohnheit ihnen gegenüber leichtes Spiel hatte, die Lücken des Gesetzes ausfüllte und seinen Werdegang bestimmte. Das findet heutzutage Jeder ganz in der Ordnung, ohne sich klar zu machen, daß umgekehrte Prämissen uns für die heutige Zeit auch ein entgegengesetztes Resultat zu Tage fördern müssen. Heute sind Staats- und Gesellschaftsordnung bis ins Kleinste hinein durch das geschriebene Recht geregelt und ausgebildet, alle Verhältnisse bis ins Detail bestimmt. Diese Ordnung hat die staatliche Autorität für sich und wird durch sie gegen willkürliche Eingriffe geschützt und hochgehalten. Was kann die stets mit einem Willküraft beginnende gewohnheitsmäßige Rechtsbildung in heutiger Zeit dagegen ausrichten, wenn sie nicht, von der Ueberzeugung des ganzen Volks getragen, sich gleichsam mit elementarer Gewalt durchsetzt? Hier liegt die Schwäche des partikularen Gewohnheitsrechts auch für die theoretische Betrachtung unzweifelhaft begründet. Man braucht kein Verfechter der Staatsallmacht zu sein oder in die falsche Ansicht derjenigen zu verfallen, welche die Geltung des Gewohnheitsrechts auf einen stillschweigenden Konsens der Staatsgewalt zurückführen, und kann dennoch die Aussichtslosigkeit partikularer gewohnheitsrechtlicher Bestrebungen gegen den Willen eines Staates wie des unseren nicht bloß als einen faktischen Zustand voraussagen, sondern als Rechtszustand vertheidigen. Und darauf kommt es in heutiger Zeit, in welcher mehr und mehr die grundlegenden Begriffe ins Wanken gerathen, vor allem an.

Wie liegt denn in der That die Sache?

Ich habe nicht absichtslos betont, daß für mich weder in der Wortinterpretation bestehender Gesetze, noch in der prompten Handhabung der Gesetzgebungsmaschine das Ziel der Rechtsentwickelung beschlossen liegt. Wir können des Rechts, das aus dem eigenen Busen quillt, das aus dem Volksthum in tausend verborgenen Kanälen tagtäglich sich erzeugt und unserem Rechtsleben frische Keime zuführt, nun und nimmermehr entrathen. Folgt aber daraus die gleiche Berechtigung eines kleinen Kreises, sich von der angestammten Gemeinschaft loszureißen und heute in seinem Bereich Rechts- und Kulturgeschichte zu machen, wie es ihm beliebt? Und mehr noch, das sollte der Staat nicht hindern dürfen: wenn er es hindert, auf dem Boden nackter unjuristischer Thatsachen stehen, seine Zuständigkeit überschritten haben? Soll denn die richtigere Würdigung des Gewohnheitsrechts, welche in heutiger Zeit sich wieder Bahn gebrochen hat und in erfreulicher Weise auch die Gesetzgebung selbst durchzieht, gleich wieder mit solchen Uebertreibungen belohnt werden! Ich glaube, alle wahren Verfechter des Gewohnheitsrechts werden sagen: Gott behüte uns vor solchen Freunden! Wie das Gesetz in heutiger Zeit trotz seiner formalen Omnipotenz an immanente Schranken gebunden ist, auf mancherlei gegebene Verhältnisse Rücksicht zu nehmen und in seinen Anordnungen und Reformen der materiellen Idee der Gerechtigkeit zum Siege zu verhelfen hat, wie letztere sich unter eben diesen Verhältnissen gestaltet, so kann auch das von keiner direkten Fessel eingeengte Gewohnheitsrecht darum nicht Alles, was es will: als ob ein Staat und in demselben eine durch tausend Rücksichten des heutigen Lebens und Verkehrs gebundene Gesellschaft nicht existirte. Das, was wir in dieser Hinsicht an Kultur, Rechtssitte und allgemeinen Einrichtungen errungen und geschaffen haben, ist doch nicht werth, daß es zu Grunde

geht oder durchlöchert werde, weil einem beschränkten Kreis der Volksgenossen einfällt, es für überlebt zu halten und es für seine Verhältnisse außer Anwendung zu setzen. Es war ein arger Mißgriff der historischen Schule, die Bedeutung der sozialen und gesellschaftlichen Gliederung des Volks für die Erzeugung des Gewohnheitsrechts zu unterschätzen[4]). Diese Gliederung beeinflußt wesentlich die Möglichkeit der Bildung jener Uebung und Rechtsüberzeugung, die wir nun ein für allemal als unerläßliche Faktoren eines jeden Gewohnheitsrechts voraussetzen müssen. Ist für uns Axiom, daß jene Ueberzeugung eine gleichförmige oder Gemeinüberzeugung des Volkskreises sein muß[5]), für welchen die Bildung des Gewohnheitsrechts in Frage steht, so ist von vornherein klar, daß die Entwickelung von Gewohnheiten erleichtert ist, je weniger kulturelle und gesellschaftliche Hindernisse zu überwinden sind, die sich der Bildung jener Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit des Zustandes entgegenstellen. Also vor allem dann, wenn das betreffende Gemeinwesen selbst klein, oder der Kreis der angeblichen Rechtsbildung entsprechend groß ist. Das Ideal bleibt immer, daß beide Kreise in ihrem Umfange zusammenfallen, das Gewohnheitsrecht also in diesem Sinne ein allgemeines Gewohnheitsrecht ist. Die Bildung eines solchen ist bei entsprechendem Vorhandensein des Stoffs, dem Obwalten spontaner rechtlicher Bedürfnisse leicht möglich: Uebung und Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit des Thuns werden alsbald im weitesten Umfange sich

---

4) Vergl. Gneist, Zur Lehre vom Volksrecht, Gewohnheitsrecht und Juristenrecht in den Berliner Festgaben für Beseler, 1885, S. 221 ff.; Oertmann, Volksrecht und Gesetzesrecht, S. 28 ff.

5) Vergl. statt aller anderen Angaben Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1 § 20, Text und Note 27 Cit.

einstellen, wie das schon oben hinlänglich ausgeführt worden ist. Partikulare Rechtsbildungen dagegen müssen in vielen Fällen schon an dem Mangel einer hinreichenden Rechtsüberzeugung (selbst innerhalb des betreffenden Rechtskreises) scheitern. Denn wer kann da den Ketzerrichter spielen — in einem großen Volk von sich behaupten wollen, daß er allein recht und die Anderen unrecht haben. Kein Kreis in einer solchen komplizirten Gemeinschaft, wie sie das heutige in einem großen Staatswesen verkörperte Volk darstellt, kann einfach die überlieferten Anschauungen und Traditionen, die Interessen der anderen Volksgenossen ignoriren und sich in seinem Thun und Lassen als ausschließlichen Erbpächter einer neuen allein selig machenden Offenbarung ansehen und absondern. Eine derartige Ueberzeugung wird, wie gesagt, schon regelmäßig als Gemeinüberzeugung des betreffenden Kreises nicht entstehen können. Sollte sie aber dennoch entstehen, so sind die anderen Volksgenossen nicht dazu da, um einer derartigen Losreißung mit gebundenen Armen zuzuschauen. Das organisirte Volk, der Staat, hat auch in dieser Hinsicht Rechte gegen seine Mitglieder[6]). Darum schon sagte ich, daß, wie die Gesetzgebung nicht schlechthin frei ist, so auch die Bildung von Gewohnheitsrecht in heutiger Zeit nicht durchaus willkürlich erfolgen kann, sondern an gewisse, sich aus der heutigen Volksorganisation und Gliederung unmittelbar ergebende immanente Schranken gebunden ist. Was wäre anderenfalls nicht alles möglich? Z. B. die Einwohner eines bestimmten Bezirkes, etwa einer großen Stadt, sind überwiegend von den Lehren der Sozialdemokratie, der freien Liebe oder des Mormonenthums durchdrungen und wollen auf der Basis dieser Ueber-

6) Von der Natur dieser Rechte wird noch weiter unten die Rede sein.

zeugung die bestehende Rechtsordnung für ihren Distrikt umstoßen: ein Freiland gründen. Man sage nicht, daß das undenkbar sei, weil die thatsächliche Verwirklichung solcher Grundsätze im Keime scheitern würde. Zunächst ist die Ausübung der von der Rechtsüberzeugung getragenen Grundsätze in der Praxis nach der Ansicht Mancher [7]) zur Bildung von Gewohnheitsrecht gar nicht erforderlich. Und wenn sie erforderlich ist, wie in der That auch dieserseits angenommen wird [8]), so kann die Staatsgewalt zwar die civile Bigamie und Vorgänge, die sie als Diebstahl ansieht, wo sie sich zeigen sollten, bestrafen und somit de iure aus der Welt schaffen (als praktische Bethätigung der Gewohnheit im Keim ersticken) — aber wohl schwerlich den Nichtabschluß von Rechtsverhältnissen, die das Gesetz als „bürgerliche Ehe" ꝛc. ansieht [9]), und die Eingehung anderer freier Beziehungen, die letzterem Begriffe nicht entsprechen. Warum sollte eine gemeinsame Rechtsüberzeugung des betreffenden Distrikts derartige Verhältnisse dann nicht auch in anderer Beziehung nach Ehegrundsätzen behandeln, z. B. eine entsprechende Alimentationspflicht oder ein Erbrecht der Kinder daran knüpfen? Ist es ein großer Schritt von Krückmann's neuen Testamentsformen, wenn nur die alten

---

7) Puchta, Gewohnheitsrecht, Bd. 1 S. 145 ff., 169 ff., Bd. 2 S. 5 ff.; Savigny, System, Bd. 1 S. 34 ff.; Thöl, Handelsrecht, § 12 N. 4; Stobbe, Deutsches Privatrecht, Bd. 1 § 22 Ziff. 2, u. A. Auch das war eine Uebertreibung der historischen Schule, die heutzutage mehr und mehr erkannt wird und deren praktische Gefährlichkeit aus dem Vorstehenden erhellt.

8) Vergl. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1 § 20 S. 164 ff. u. Cit.; Oertmann, Volksrecht, S. 21 ff., und oben bei Note 4.

9) Daß Unterlassungen als Uebung und Faktor des Gewohnheitsrechts in Betracht kommen können, heben mit Recht Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1 S. 170 N. 46, und die Erkenntnisse bei Seuffert, Bd. 1 Nr. 8, Bd. 3 Nr. 1 u. 255 hervor.

dadurch nicht aufgehoben werden[10]), zu einer neuen Art der „bürgerlichen Ehe", wenn nur die alte unangetastet bleibt?! Wenn in den Vereinigten Staaten Mormonen leben, warum sollten sie dann bei uns gänzlich unmöglich sein! Die Konsequenzen einer solchen Rechtsbildung, wenn man sie zuläßt, kann sich Jeder selbst ausmalen.

Dann aber — und das scheint mir die Hauptsache zu sein — wie kann man sagen, daß die geordnete Volksgemeinschaft, der Staat, welcher sich einem derartigen Vorgehen einzelner seiner Glieder von vornherein dadurch grundsätzlich widersetzt, daß er die Bildung partikularer Rechtsgewohnheiten verbietet, mit diesem Vorgehen seine Zuständigkeit überschreite: unverbindlichen Gesetzesinhalt schaffe, der nur zwangsweise, durch den Büttel, in Kraft gehalten werde[11]). Das mag für den versuchten gänzlichen Ausschluß des Gewohnheitsrechts — also des gemeinen — wie ihn die großen Legislationen zu Ende des vorigen und Anfang dieses Jahrhunderts enthielten, zutreffen. Da läßt sich sagen, daß der Gesetzgeber in dieser Weise die eine Rechtsquelle nicht vollständig verstopfen könne, sowenig wie er durch Verbot nicht den Erlaß späterer abändernder Gesetze ausschließen kann. Da stehen sich die beiden Rechtsquellen als gleichwerthige, weil auch von ganz derselben Rechtsgemeinschaft ausgehende Rechtsbildungen gegenüber. Da kann man sagen:

---

10) S. Jahrbücher a. a. O. S. 206 ff. — Auf das Detail der Bildung partikularen Gewohnheitsrechts gegenüber zwingenden und dispositiven Rechtsnormen wird unten Ziff. IV ff. noch näher eingegangen werden.

11) So ganz besonders schroff Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. 1 S. 39 ff. Er zeiht die oben Anm. 8 genannten Schriftsteller, insbesondere Gierke und Eck, der Inkonsequenz, wenn sie die derogirende Kraft des partikularen Gewohnheitsrechts verwerfen. Wie wenig dieser Vorwurf zutrifft, wird sich unten zeigen.

wie das dem Verbot entgegen zu Stande kommende spätere Gesetz dieses Verbot selbst aufhebt, so thut dasselbe auch das dem Verbot entgegen sich bildende nachträgliche Gewohnheitsrecht.

Im Verhältniß des Reichsrechts zu dem Recht der Einzelstaaten oder kleinerer Kreise dagegen — also zu dem partikularen Gewohnheitsrechte — liegt die Sache anders. Hier wird jenes Moment der Volksgliederung in Kreise, von denen die einen dem Rechtswillen der anderen unterworfen sind, auch für die Fähigkeit derselben zur Erzeugung von Gewohnheitsrecht bedeutsam. So also (vergl. Anm. 6), wenn sie den Willen dazu hätten, — wenn Rechtsüberzeugung und entsprechende Uebung sich einstellten bezw. die letztere auf Grund der Ueberzeugung versucht werden sollte. Solche in den Gesammtorganismus eingegliederte kleinere Kreise dürfen eben wegen ihrer Zugehörigkeit zum Ganzen nicht Alles, was sie wollen. Solange sie dem Ganzen angehören, m. a. W. solange der Reichsorganismus besteht, sind sie dem Reiche gegenüber auch in bestimmter Weise in ihrer Souveränetät beschränkt. Das gilt nicht bloß für die Einzelstaaten als eigentliche „Bundesglieder", sondern für jeden engeren Kreis des Volks, soweit er eben souveräne Macht besitzt: wie gerade hier das Volk, soweit es sich im Wege unmittelbarer Uebung selbst Recht setzen kann. Solange diese Kreise dem Reichsverbande angehören, müssen sie sich, ganz ebenso wie die eigentlichen Bundesglieder, einen Abbruch von diesem, ihnen an sich zustehenden Souveränetätsrecht gefallen lassen. So wenig wie die Einzelstaaten das Reichsrecht gesetzlich abändern oder es ergänzen können, wo letzteres derartige Bildungen nicht will, ebensowenig können es im Wege der Gewohnheit jene kleineren Kreise, mögen sie nun mit einem Bundesstaat zusammenfallen

oder nicht. Duldet das Reichsrecht die Abänderung oder die Ergänzung nicht, so dürfen sie auch die Einzelstaaten nicht dulden, in welche die betreffenden Volkskreise fallen. Schon oben ward darauf hingewiesen, daß die oberste Volksgemeinschaft (in diesem Fall das Reich) ein gewisses Exekutionsrecht gegen widerspänstige Volksglieder besitzt. Wäre der widerspänstige Theil ein Einzelstaat, so würde das in der Reichsverfassung Art. 19 ausdrücklich sanktionirte Exekutionsrecht unmittelbar eingreifen; gegenüber anderen Volkskreisen könnte das Reich verlangen, daß die betreffenden Einzelstaaten einschreiten, wenn überhaupt nothwendig wäre, um derartiger Dinge willen gleich bis ans Ende der zulässigen Machtmittel vorzugehen. In Wirklichkeit macht sich die Exekution weit einfacher und leichter. Nicht einmal die Klinke der Gesetzgebung braucht zur Bezwingung der Widerstrebenden ergriffen zu werden, solange nur der Reichsorganismus selber noch funktionirt. Allenthalben wird anerkannt, daß die bloße gesetzliche Abschaffung des Gewohnheitsrechts in einem geordneten Staatswesen noch stets wirksam gewesen ist: daß sie die Bildung einer dem Verbot entgegenstehenden Gewohnheit wirklich gehindert hat und ferner hindern wird, weil kein Gericht jemals gewagt hat und in Zukunft wagen wird, sich über einen solchen gesetzlichen Ausspruch als unverbindlich hinwegzusetzen[12]).

Das soll nach Cosack nun ein bloß thatsächlicher Zustand sein, und er verfehlt nicht, die nach seiner Ansicht allzu folgsamen Gerichte zu einer kleinen Revolte aufzufordern: er läßt durchblicken, daß ein einsichtiges Gericht ein solches Opfer des Intellekts nicht bringen sollte[13]). Daher ist die

12) S. auch Regelsberger, Pandekten, Bd. 1 § 23 S. 103.

13) Man vergleiche den Satz (Lehrbuch, Bd. 1 S. 39): Nur die eine Wirkung ist der gesetzlichen Abschaffung des Gewohnheitsrechts zweifel-

dem partikularen Gewohnheitsrechte gegenüber aus der verfassungsmäßigen Volksorganisation unmittelbar sich ergebende Rechtmäßigkeit eines solchen Verbots nachdrücklich hervorzuheben.

Ueberhaupt verstehe ich nicht, wenn man in unserer Frage ausdrücklich das Recht des Stärkeren proklamirt, also ausspricht, daß „nackte unjuristische Thatsachen" den Ausschlag dafür geben, ob irgendwo in einem Lande die eine Rechtsquelle vor der anderen den Vorrang habe (also die letztere auch in concreto einschränken oder ausschließen könne) — wie man dann sagen kann: ein Gesetzgeber, welcher von dieser ihm in einem Lande zustehenden Macht nun wirklich Gebrauch macht, überschreite damit die ihm gesteckten Grenzen, verletze seine Kompetenz? Gilt eben das Recht des Stärkeren, so ist doch, was er thut, sein Recht, wie denn der ganze Staat auch mit einem Gewaltakte beginnen kann. Wird man ihn darum als Rechtszustand leugnen? Hier rächt sich, daß unsere Frage vorzugsweise von Civilisten und nach rein civilistischen Gesichtspunkten behandelt wird. Sie gehört in eminenter Weise dem öffentlichen Rechte an. In diesem aber kommt es häufig vor, daß ein Machtzustand auch ein Rechtszustand ist, wenn er nur die Gewähr eines gewissen Bestandes in sich trägt. Diese Gewähr ist aber hier, wie schon erwähnt, vorhanden. Wenn unser Staat also in seiner Gesetzgebung dem Gewohnheitsrecht wenigstens in der maßvollen Form, die hier in Frage steht (wo die Gewohnheit von einem seiner organi-

los zuzusprechen: es wird durch sie die Bildung eines neuen, die Fortdauer eines alten Gewohnheitsrechts thatsächlich außerordentlich erschwert, weil die Gerichte sich — wenigstens der Regel nach (!) — der gesetzlichen Abschaffung des Gewohnheitsrechts fügen und also dem Gewohnheitsrecht den Eingang in die gerichtliche Praxis versagen werden.

satorischen Gewalt im Uebrigen auch unterworfenen Volkskreis ausgeht) den Krieg erklärt und dazu geeignete Maßnahmen trifft, so sind dieser Zustand und die getroffenen Maßnahmen nicht eine bloße Thatsache, sondern Recht; — gerade so gut wie auch im internationalen Verkehr, wo es sich nicht einmal um der Centralgewalt des einen Theiles unterworfene, sondern um völlig gleichstehende Organismen handelt, der Krieg und die darauf getroffenen Maßnahmen bis zur endgültigen Abgrenzung der gegenseitigen Interessensphäre Recht schaffen, aus dem Bereich der nackten, unjuristischen Thatsachen in den des Rechtes übergehen. Dasselbe gilt also auch von den hier gegen das unliebsame Gewohnheitsrecht ergriffenen Repressalien: dem Verbot und der Handhabung des letzteren durch die zur Wahrung der Rechtspflege berufenen Staatsorgane, die Gerichte.

Und überdies — was wären das in der That für Rechtsnormen, die dem Verbot zuwider von einem kleineren Volkskreis ausgehend, sich so, wie Cosack andeutet, alsbald doch „höchst real" einstellen und die ihnen gesetzlich abgeschnittene Anerkennung in der gerichtlichen Praxis versuchen würden? Ein „Recht", welches sich nicht bethätigen kann; das „Rechtsverhältnisse" erzeugen soll, die keinen Schutz genießen — in einer seit dem ewigen Landfrieden auf den staatlichen Rechtsschutz angewiesenen Gemeinschaft! Der Theorie des „unverbindlichen Gesetzesinhalts", selbst wenn sie — was hier, beim partikularen Gewohnheitsrecht zu leugnen — zuträfe, hat Regelsberger das allein richtige Wort entgegengeschleudert: daß sie zerschellen muß an der Thatsache, daß kein Gericht sich über ein solches Verbot als eine unverbindliche Gesetzesvorschrift hinwegsetzen wird. Daher hat das Verbot selbst da gewirkt, wo es, wie in verschiedenen älteren Gesetzgebungen, zu weit ging — ein absolutes war. Nur kümmerlich hat die dadurch geschaffene Nothlage ver-

mocht, vereinzelte Bestimmungen, deren man bei zwischenzeitlich veränderten, von Grund aus umgestalteten Verhältnissen nicht mehr entrathen konnte, unter verschiedenen anderen Titeln durchzupressen [14]). Für lediglich partikulare Gewohnheiten wird ein derartiges Bedürfniß nie mit entsprechender Kraft entstehen. Sie werden im Kampfe der Gewalten immer unterliegen.

Nun wiederhole ich: was ist das für ein „Recht", das niemals Aussicht auf autoritative Anerkennung und Verwirklichung hat, das nur ein solches gewissermaßen transcendentales Dasein führt? Ein solches Recht existirt nicht für mich und, wie ich glaube, für Niemanden, der in der Wissenschaft mit lebensfähigen Faktoren rechnet. Wir haben uns nicht mit Hirngespinnsten abzugeben. Selbst Krückmann [15]) giebt zu, daß, wenn ein Rechtssatz in allen seinen Anwendungsfällen außer Kraft gesetzt ist, dies ganz dasselbe sei, als wenn er in abstracto beseitigt wäre. Es sei ein Unding, dann, wenn ihm alle seine Wirkungen genommen sind, daran zu denken, daß er vielleicht noch „an sich" da sei. Das letztere sei wesenloser Schein, ein theoretisches Luftgebilde. Man könnte unsere Auffassung nicht besser vertheidigen! Die Ausführung richtet sich direkt wider die Gegenmeinung und schafft gegen dieselbe einen peremtorischen Einwand. So angewandt, trifft sie den Nagel auf den Kopf!

In diesem Sinne ist es denn auch wohlberechtigt und keineswegs inkonsequent, wenn unsere besten Schriftsteller, obschon sie von der prinzipiellen Gleichstellung des Gesetzes- und Gewohnheitsrechts als Rechtsquelle ausgehen, dennoch den

14) Vergl. darüber Krückmann, a. a. O. S. 198 ff.
15) a. a. O. S. 205.

partikularen Gewohnheiten dem Reichsrecht gegenüber keinen Raum verstatten, soweit das Reichsrecht einem derartigen Einfluß widerstrebt. Eine solche Einschränkung ist weder unzuläſſig noch versucht sie Unmögliches: die betreffenden reichsgesetzlichen Bestimmungen sind praktischen, sogar sehr praktischen Rechtens, und man sollte sie nicht als „leere Deklamation" diskreditiren. Man geräth dadurch mit offenkundigen Thatsachen in Widerspruch und leistet Niemand einen Dienst, als den bekannten destruktiven Elementen, welche die Grundlagen unserer bestehenden Staats- und Gesellschaftsordnung zu untergraben trachten [16]).

IV.

Bevor wir weitergehen und den Sinn der reichsrechtlichen Vorschriften für unsere Frage aus sich heraus entwickeln, ist noch der Unterscheidung zu gedenken, welche Krückmann bei der von ihm vertretenen Zulassung des partikularen Gewohnheitsrechts macht. Im Gegensatz zu Cosack will er das partikulare Gewohnheitsrecht nicht schlechthin zulassen, sondern zwischen Vorschriften unterscheiden, die zwingenden, und solchen, welche dispositiven Sätzen des Reichsrechts widersprechen. Die letzteren will er zulassen, die ersteren nicht, oder doch nur ausnahmsweise [1]).

Die Unterscheidung ist nicht neu. Schon die Motive zum I. Entwurfe kennen sie [2]) und nehmen dagegen Stellung. Freilich ist die Begründung schwach: man muß ihr erheblich

16) So wie die Gegner thun, sollte man wirklich meinen, sie schrieben ihr Recht nur für unseren künftigen Verfall, für unsere nationale Auflösung.

1) Krückmann, a. a. O. S. 204 ff. — Wir werden zunächst nur von dem regelmäßigen Falle reden. Ueber die Ausnahme s. u. Ziff. VIII.

2) Motive, Bd. 1 S. 8.

unter die Arme greifen. Denn der Gedanke selber ist gesund und richtig.

Zunächst schon deshalb, weil die Gefahr der Ueberwucherung des Reichsrechts durch partikulare Gewohnheiten auf dem Gebiet der dispositiven Gesetzesnormen nicht weniger als auf dem der zwingenden obwaltet. Durch Ausschluß der letzteren, selbst wenn er sich juristisch begründen ließe, wäre praktisch nicht viel gewonnen. Denn die dispositiven Normen sind auf privatrechtlichem Gebiet den zwingenden gegenüber bekanntlich erheblich in der Minderheit. Es würde also nach diesem Vorschlage die Abbröckelung der Rechtseinheit wenig aufgehalten und ungefähr ein Resultat für das gesammte Civilrecht entstehen, wie wir es gesetzlich heute schon bei Regelung des Gesindewesens [3]) im Deutschen Reiche haben, was Niemand als einen Idealzustand ansieht. Es würden schließlich nichts mehr als einzelne gemeingültige zwingende Vorschriften des Reichsrechts übrig bleiben, an welchen der Partikularismus nicht rütteln dürfte. Im Uebrigen könnte jeder Staat und hier dazu noch jeder Volkskreis machen, was er wollte.

Dazu tritt Folgendes.

Die Unterscheidung ist unausführbar. Schon deshalb, weil der Bereich der zwingenden und dispositiven Rechtsvorschriften im Einzelnen durchaus nicht immer klar und zweifelsfrei ist. Der dem Gewohnheitsrecht an sich anhaftende Mangel der Unbestimmtheit und Unsicherheit [4]), die eine Häufung der Prozesse und die oft beklagte Ungleichmäßigkeit der Anwendung dieses Rechts zur Folge haben, würde also durch eine solche Unterscheidung hinsichtlich seiner Zulässigkeit noch ins Unendliche vermehrt. Dazu kommt, daß es sich bei dieser Unterscheidung

3) Vergl. Art. 95 E.G. B.G.B. bes. Abs. 2 u. 3.

4) Vergl. besonders Ihering, Geist des römischen Rechts, Bd. 2 1. Abth. § 25 S. 29.

nicht etwa bloß um die Frage handeln würde, was wirklich ein zwingender oder dispositiver Rechtssatz des geschriebenen Rechtes ist, sondern — da die Bildung gewohnheitsrechtlicher Bestimmungen Rechtsüberzeugung des betreffenden Volkskreises und entsprechende Uebung voraussetzt — des weiteren um die Frage, was dieser Kreis der Volksgenossen bei seinem Thun und Lassen für zwingendes oder dispositives Reichsrecht gehalten hat. Denn wenn dieselben einen Satz des Reichsrechts für einen zwingenden ansahen, dem gegenüber sie sich (folgeweise) für gebunden halten mußten, so konnte sich eine dem Wesen des Gewohnheitsrechts entsprechende Gemeinüberzeugung von der Rechtmäßigkeit des umgekehrten Zustandes nicht bilden: er mußte dem betreffenden Volkskreis immer als ein ungerechtfertigter erscheinen. Bei dem entgegengesetzten Irrthum der Leute aber träte noch Schlimmeres ein. Es würden gegen den angeblich nicht bindenden Reichsrechtssatz Versuche der Bildung von Gewohnheitsrecht erfolgen; es würden sich Uebung und Rechtsüberzeugung einstellen, welche der Richter hinterher für ungültig und als zur Rechtserzeugung ungeeignet erklären müßte, weil dem betreffenden Satze gegenüber die Bildung von Gewohnheitsrecht verboten war. Es läge gewissermaßen ein Kampf mit untauglichen Mitteln vor. Kann man ein solches Resultat herbeiwünschen? Würde das Volk nicht geradezu durch eine solche Theorie in Experimente hineingetrieben, welche der Einzelne nachher mit Hab und Gut zu büßen hat? Wohl kaum läßt sich ein Zustand denken, der wie dieser geeignet wäre, Recht und Rechtssicherheit von Grund aus zu untergraben.

V.

Dazu tritt die juristische Unhaltbarkeit der ganzen Unterscheidung.

Zunächst: was sind denn überhaupt zwingende Rechtsvorschriften, wenn wir in das Detail gehen? Das öffentliche Wohl, Vernunft, Ehrbarkeit und gute Sitte sind sicher vorzugsweise Quellen solcher Vorschriften. Nun kommt es aber gerade bei der Volksüberzeugung als Faktor der Entstehung gewohnheitsmäßiger Rechtsnormen nicht auf den näheren Inhalt dieser Ueberzeugung an. Die auf das romanische Recht[1]) gestützte Lehre von dem Erforderniß der Löblichkeit, Vernunft und Ehrbarkeit einer Gewohnheit als Voraussetzung der Entstehung darauf gegründeter gewohnheitsmäßiger Rechtsnormen ist heute wohl als aufgegeben anzusehen[2]). Unter „Vernunft" verstehen verschiedene Personen meistens etwas ganz Anderes: regelmäßig Jeder nur seine eigene, oder — was noch schlimmer — die tendenziös gefärbte irgend einer bestimmten anderen Quelle, z. B. eines bestehenden Gesetzes. So fand man früher Vernunft allein im Corpus iuris, erklärte es für ratio scripta und verlangte auf Grund dessen überall seine primäre und vorbehaltlose Anwendung. Daß das verfehlt ist, hat man heute erkannt. Es kommt nicht darauf an, was ein Gesetz oder der Einzelne für gut und

1) Vergl. l. 2 Cod. quae sit longa cons. 8, 53; Nov. 134 cap. 1; c. 11 X. de cons. 1, 4; c. 9 in VI° de cons. 1, 4; c. 9 eod. de off. ord. 1, 16.

2) Soweit sie bisher noch festgehalten wurde, geschah dies überwiegend mit Rücksicht auf die obigen Aussprüche der Quellen, die für die Zukunft jedenfalls ihre bindende Kraft verloren haben. Es treten also die inneren Gründe voll in ihr Recht. Vergl. darüber insbesondere Savigny, System, Bd. 1 S. 176 ff.; Beseler, Deutsches Privatrecht, § 30 N. 7; Stobbe, desgl. Bd. 1 § 23 Ziff. 1; Gierke, desgl. Bd. 1 § 20 S. 169.

vernünftig hält, sondern die Gesammtheit. Hält sie es dafür und erachtet sie es deshalb für sich als bindend, so ist es zur Rechtsquelle geeignet. Ganz ähnlich verhält es sich mit den Begriffen von Ehrbarkeit und guter Sitte. Alle diese Begriffe sind wandelbar. Die guten Sitten werden, so wenig wie das Recht, allein durch die Gesetzgebung gemacht. Wenn man daher früher den Satz aufstellte, daß das Gewohnheitsrecht nicht gegen die guten Sitten verstoßen dürfe, so verkannte man die wahre Sachlage vollständig. Recht und Sitte können sich in der hier gemeinten Weise gar nicht negiren. Wird irgend eine Uebung einmal als bindende Rechtsnorm angesehen, so ist damit zugleich nach den maßgebenden Volksanschauungen für ihre Sittlichkeit entschieden. So liegt die Sache nach den innersten Prinzipien des Rechts, und nach den letzteren wird sich auch zweifellos die Fortgeltung des heutigen Reichsrechts gegenüber späteren gemeindeutschen Gewohnheiten bestimmen. Diese werden im Lauf der Zeit unsere gegenwärtigen Anschauungen über Ehrbarkeit und gute Sitte erheblich verändern: ich erinnere nur an die sog. Frauenbewegung, welche auch dem kodifizirten Reichsrecht gegenüber vielleicht in absehbarer Zeit derartige Wandlungen unserer Anschauung über Ehrbarkeit und gute Sitte beim weiblichen Geschlecht herbeiführen wird, daß diesem Einfluß auf die Dauer selbst zwingende Vorschriften der gegenwärtigen geschriebenen Rechtsordnung nicht Stand zu halten vermögen. Und ähnlich auf so manchen anderen Gebieten. Man denke nur an die im Laufe unseres Jahrhunderts vielfachem Wandel unterworfenen Ansichten über die Rechtsstellung der unehelichen Kinder, der gewerblichen Arbeiter u. dergl., die zu entsprechenden Reflexerscheinungen auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts theilweise bereits geführt haben und leicht noch weiter führen können. Hier kann Gewohnheit, Anschauung,

Rechtssitte unendlich mannigfaltig eingreifen, den Gang der Rechtsentwickelung bestimmen. Man sieht, wie weit der Umfang ist, in welchem dem allgemeinen deutschen Rechtsbewußtsein auch neben dem geschriebenen Recht noch Raum zu freier Bethätigung seiner Kräfte und zur Entwickelung von Gewohnheitsrecht gelassen ist, während man oft so thut, als sei eine Bethätigung in dieser Breite ganz aussichtslos, eine Rechtsüberzeugung des ganzen Volks kaum jemals zu konstatiren. Das Gegentheil ist richtig. Da, wo das Gewohnheitsrecht ein nutzbringender Faktor der Rechtsentwickelung ist, ist auch die demselben zu Grunde liegende Rechtsanschauung und Ueberzeugung *so mächtig, daß sie von selbst die weitesten Kreise, ein ganzes Volk, ergreift.* Die Revolutionen und Staatsumwälzungen der neueren Zeit, die eine neue Aera des Rechtslebens wachgerufen haben, beweisen, daß auf derselben Basis noch weit größere Dinge möglich sind, als die bloße Erzeugung derogatorischer Gewohnheiten: daß neue Rechtsanschauungen gegebenen Falls wie ein elektrischer Funke ein Volk entzünden und seinen Entwickelungsgang bestimmen können. Da ist die heute zugelassene Bildung von Gewohnheitsrecht als ein unendlich wichtiger und nicht zu unterschätzender Faktor zur *friedlichen* Weiterentwickelung unserer Zustände mit Freuden zu begrüßen.

Dem *partikularen* Gewohnheitsrecht dagegen liegt eine so hohe Aufgabe — ein derartiges ideales Ziel — vollkommen fern. Und folglich, wie schon hervorgehoben, auch die Kraft, welche das Streben nach dem Ideal und die gleichmäßige Erwärmung Aller für dasselbe naturgemäß erzeugt. Was läßt sich für die Sittlichkeit, Vernunft und Ehrbarkeit solcher *vereinzelter* Bestrebungen anführen? Wenn sie nur zerstreut, in kleinem Kreise auftreten, wer will sich dann wiederum zum Richter des Anderen aufwerfen? Ein Doppeltes ist

möglich. Entweder der betreffende Volkskreis, in dem die neue Ueberzeugung waltet, entnimmt die Norm dafür aus sich (dem eigenen Busen): dann werden die anderen Volksgenossen sie nicht anerkennen, sie als unsittlich und unerlaubt verwerfen; während der betreffende Kreis, in welchem die neuen Ideen herrschen, die Anderen eines thörichten oder böswilligen Verharrens in veralteten Vorurtheilen beschuldigt. Wenn das Gewohnheitsrecht nun, wie schon oben gezeigt, prinzipiell die Norm für seine Sittlichkeit, Vernunft 2c. aus sich, nicht aus der sonstigen, insbesondere der bestehenden gesetzlichen Rechtsordnung entnehmen soll, wie löst sich dann der Zwiespalt, wenn in concreto die Begriffe von Ehrbarkeit, Vernunft und guter Sitte sich da und dort nach der entgegengesetzten Richtung hin entwickeln: z. B. in den Städten (besonders in den Haupt- und Seestädten) und auf dem platten Lande — beim Militär und in der Bürgerschaft (man denke nur an die Duellfrage!) — auf dem Kontinent und in den Kolonien (Pfandweiber, Flußpferdpeitsche!) und in anderen Beziehungen mehr. Wer soll Recht behalten, wenn sich die Sitte des einen Orts, des einen Standes gegen diejenige des anderen ausspielt und mit der Ueberzeugung, die allein richtige zu sein, eine entsprechende Uebung zu insceniren anfängt? Wer will behaupten, daß, wenn z. B. in den Städten die Begriffe von Sittlichkeit, Moral, gegen das platte Land erheblich gesunken sind, daß dann das platte Land oder die Stadt Recht habe, m. a. W. daß ein Rechtssatz des bisherigen geschriebenen Rechts, der auf den sittlichen Anschauungen zur Zeit seiner Entstehung beruhte, in dieser Weise jetzt noch zwingend sei, weil die Moralvorschrift, auf der er ruht, zur Zeit nicht mehr bestehe?! Die Vertreter der städtischen Anschauung werden sagen, daß die Beseitigung eben durch das Entstehen der städtischen Gewohnheit erwiesen sei, die sich

im anderen Fall nicht habe bilden können, und daß damit nach der Natur des Rechts die zwingende Bedeutung des hindernden Rechtssatzes für den in Frage stehenden Bezirk von selbst wegfalle. Die Vertreter der ländlichen Anschauung und der guten alten Zeit werden das Umgekehrte sagen. Sicher ist nur, daß eine allgemeine Verwirrung die Folge sein wird.

Die andere Möglichkeit, welche die Entwickelung der Sache nehmen könnte, wäre die, daß das geschriebene Gesetz auch für die Zukunft schlechthin in allen diesen Fragen (der Ehrbarkeit, Vernunft und guten Sitte 2c.) für den Inhalt entgegenstehender Gewohnheiten maßgebend bleiben solle. So daß also Gewohnheiten, die sich damit in Widerspruch versetzten, von vornherein um deswillen zum Scheitern kämen. So scheint sich auch Krückmann die Sache vorzustellen. Sagt er doch ausdrücklich, es ließe sich theoretisch nicht rechtfertigen, wenn der Richter solch zwingenden Gesetzesvorschriften gegenüber eine partikulare Rechtsgewohnheit dem B.G.B. vorziehe. Da wäre also nicht die betreffende gewohnheitsmäßige Anschauung über Ehrbarkeit und gute Sitte entscheidend, sondern diejenige des Reichsgesetzes, also eines anderen Rechtsfaktors. Nun ist aber nach dem zuvor über das Wesen des Gewohnheitsrechts (speziell hinsichtlich der Voraussetzungen der dabei obwaltenden Rechtsüberzeugung) Gesagten ein solches Gemeinverhalten, welchem die Norm für seine Sittlichkeit 2c. nicht aus sich selbst erwächst, sondern von außen, durch den gegebenen Rechtszustand aufgezwungen wird, gar nicht mehr Gewohnheitsrecht. Die neuere Lehre erkennt ein solches Kriterium nicht an: es steht in Widerspruch mit dem Begriff des Rechts. Der Inhalt der gehörig gebildeten Rechtsüberzeugung ist und muß gleichgültig sein. Ist er es nicht, wie hier, wo dem angeblichen Gewohnheitsrecht

ein maßgebender Inhalt von außen her (durch zwingende Vorschriften der Reichsgesetzgebung) aufgedrückt werden soll, so kann von einer Gewohnheit als Recht (Rechtszustand) nicht die Rede sein. Die Vertreter der gegentheiligen Ansicht müßten sich also zum Nachweis der Haltbarkeit derselben zunächst daran machen, die neuere Entwickelung der Lehre vom Gewohnheitsrecht in diesem Punkt zurückzureformiren. Dazu werden sie sich jedoch um so weniger verstehen können, je höher sie die innere Kraft und Bedeutung des Gewohnheitsrechts selbst veranschlagen.

VI.

Audiatur et altera pars! Im Gegensatz zu unseren Ausführungen müssen wir zusehen, wie Krückmann selber seine Unterscheidung rechtfertigt. Er sagt [1]): Wenn das Gesetzbuch zwei Parteien erlaube, kraft souveräner Parteiwillkür einen dispositiven Rechtssatz ad hoc außer Kraft zu setzen, so müsse dieselbe Befugniß auch einem größeren Menschenkreise zustehen, und zwar mit der Wirkung, den betreffenden dispositiven Rechtssatz dadurch auch dauernd, eben durch Gewohnheitsrecht außer Kraft zu setzen. Was beiden Parteien recht ist, müsse auch der größeren Menschenzahl billig sein. Wenn das Gesetz auf die Befolgung seiner dispositiven Rechtssätze so wenig Gewicht lege, daß es schon zwei Menschen erlaube, davon abzuweichen, so müsse dies um so viel mehr gelten, wenn eine dauernde ernstliche Willensmeinung einer größeren Menschenzahl sich kundgebe, den betreffenden Rechtssatz außer Kraft zu setzen.

Meines Erachtens werden hier zwei vollständig verschiedene Dinge durcheinander geworfen. Der Zweck eines dispositiven Rechtssatzes ist doch nur, daß er die unter seine

1) a. a. O. S. 204 ff.

Norm fallenden Lebensverhältnisse nicht absolut (mit zwingender Kraft) regelt, sondern nur mangels abweichender Regelung durch die Parteiverabredung. Die dispositiven Rechtssätze sollen nur dann eingreifen, wenn durch den Willen der Parteien nicht ein Anderes festgesetzt worden ist. Selbstredend können solche abweichende Festsetzungen auch stillschweigend erfolgen; und das geschieht unter Umständen auch dadurch, daß die Parteien sich stillschweigend einem sog. Geschäftsgebrauche unterwerfen. Daher sagt man, daß die Geschäftsgebräuche den dispositiven Vorschriften eines Gesetzes widersprechen dürfen, selbst da, wo letzteres — wie beispielsweise früher Art. 1 des H.G.B. — die Bildung von Gewohnheitsrecht gegen den Inhalt seiner Bestimmungen untersagt. Die Judikatur enthält denn auch zahlreiche Fälle, in welchen dieser Gegensatz zum Ausdrucke gekommen ist[2]).

Die Ausführungen Krückmann's verwischen aber gerade diesen Unterschied: sie pendeln zwischen Geschäftsgebrauch und Gewohnheit haltlos hin und her. Offenbar würde das gegen dispositive Gesetzesvorschriften zugelassene partikulare Gewohnheitsrecht auch selbst wiederum dispositives Recht sein, also abweichenden Parteiverabredungen Raum lassen: auch wenn sie stillschweigend, durch Unterwerfung unter einen Geschäftsgebrauch erfolgen. Das ist aber hier völlig undenkbar,

---

2) Vergl. z. B. Entsch. des R.O.H.G., Bd. 11 S. 243. Danach konnte sich gegenüber Art. 67 Abs. 2 H.G.B. ein Gewohnheitsrecht des Inhalts, daß der Mäkler zur Annahme von Zahlungen ermächtigt sei, nicht bilden, wohl aber ein entsprechender Geschäftsgebrauch. S. ferner Entsch. des R.G., Bd. 28 S. 100, wo Aehnliches hinsichtlich der Rückzahlung von Darlehen gegenüber Art. 325 H.G.B. ausgesprochen ist. Gegenüber Art. 345 wurde entsprechend die Frage erörtert, ob durch eine geschäftsübliche Klausel (z. B. „franko Wohnort") dem Verkäufer die Gefahr zugeschoben worden sei. Vergl. Entsch. des R.O.H.G., Bd. 10 S. 176 ff., Bd. 18 S. 438.

weil nach der ganzen Ausführung die Geschäftsgebräuche selbst zu einem Gewohnheitsrecht erhoben worden sind. Wie sollen sich daneben noch andere bilden können? Beides sind eben identische Gebilde. Thatsächlich handelt es sich um eine von der dipositiven Gesetzesvorschrift abweichende Sitte. Wenn Krückmann deduzirt: die Abweichung von dem geschriebenen Recht, die einzelnen Personen möglich sei, müsse auch der Gesammtheit möglich sein, so ist das ohne weiteres zuzugeben. Was aber beweist der Satz dafür, daß dadurch nicht ein bloßer Geschäftsgebrauch, sondern Gewohnheitsrecht entsteht? Krückmann sagt selbst, daß die Gesammtheit nur das könne, was auch die Einzelnen können: nämlich kraft souveräner Parteiwillkür einen dispositiven Rechtssatz ad hoc außer Kraft zu setzen. Thun sie das vielfältig, also in diesem Sinne dauernd, so thun sie es dennoch stets nur kraft der ihnen im konkreten Falle gestatteten Parteivereinbarung, von der sie Gebrauch machen; also ad hoc: indem sie zu kontrahiren anfangen. Nur dadurch gewinnt die Sitte (der Geschäftsgebrauch) Leben, während das Recht unabhängig von jeder Parteidisposition besteht. Und wenn auch das Gewohnheitsrecht Uebung verlangt, so hat diese Uebung doch mit einer Parteidisposition im obigen Sinne (mit rechtsgeschäftlichen Transaktionen) nichts zu thun, ist damit nicht identisch.

Auf dieser Unüberbrückbarkeit des Gegensatzes zwischen Geschäftsgebrauch und Gewohnheitsrecht beruht auch eine unmittelbare praktische Folge, welche den Gegensatz besonders deutlich macht. Weil die bindende Kraft der Geschäftsgebräuche ausschließlich auf dem Parteiwillen beruht, kann deren Inhalt nur unter der Voraussetzung für ein geschlossenes Geschäft maßgebend werden, daß die Parteien bei Abschluß des Geschäftes den betreffenden Gebrauch kannten[8]), oder

8) In seltenen Fällen auch bekannt sein mußte. So kann man z. B. sagen, daß derjenige, welcher an der Börse Handelsgeschäfte abschließt,

daß wenigstens anzunehmen ist, daß sie sich blindlings der herrschenden Sitte unterwerfen wollten. Ist beides nicht der Fall, so kommen derartige Gebräuche für das geschlossene Geschäft nicht in Betracht, weil der entsprechende Wille fehlt, während das Recht Jedermann bindet und daher auch contra ignorantem et errantem zur Anwendung gelangt[4]).

Nach Krückmann würden die Geschäftsgebräuche überhaupt von dem partikularen Gewohnheitsrecht verschlungen, und ich verstehe danach noch weniger, wie er sagen kann, daß der Umfang dieses Gewohnheitsrechts ein verhältnißmäßig verschwindender sein werde[5])! Schon jetzt machen uns manche Geschäftsgebräuche in ihrer Eigenschaft als einfache Parteivereinbarungen genug zu schaffen. Fiele die Schranke der nothwendigen Bekanntschaft der Parteien mit dem Gebrauch (oder des Kontrahirens in blanco auf die Geschäftssitte) hinweg, so würde die Rechtssicherheit für den gutgläubigen Verkehr erheblich leiden. Wenn beispielsweise unsere Reichsgesetze Gebührenordnungen enthalten, wie für die Rechtsanwälte ꝛc., so haben die diesbezüglichen Vorschriften regelmäßig nicht den Sinn, abweichende höhere Honorarverabredungen als unbedingt verwerflich auszuschließen. Sie sind also unzweifelhaft dispositiven Rechts. Wenn das H.G.B. bestimmt, daß Handelsmäkler für ihre Mühewaltungen, als

---

wissen muß, daß Börsenusancen bestehen, welche die Bedingungen für alle an der Börse geschlossenen Geschäfte festsetzen, so daß er sich denselben durch Abschluß von Geschäften an der Börse stillschweigend unterwirft. Es handelt sich hier also um Geschäftsgebräuche, nicht um Gewohnheitsrecht. S. auch Entsch. des R.O.H.G., Bd. 1 S. 23, Bd. 4 S. 140. A. M. Jakoby i. d. Beitr. f. deutsches Recht, Bd. 34 S. 564, aber sicherlich mit Unrecht.

4) S. auch Goldschmidt, Handelsrecht, Bd. 1 § 35 bes. S. 333 ff.; Regelsberger in Endemann's Handb. d. Handelsrechts, Bd. 2 S. 392; Entsch. d. R.O.H.G., Bd. 6 S. 78, Bd. 7 S. 11, Bd. 11 S. 243.

5) Das Gegentheil wurde aus anderen Gründen schon oben dargethan.

eine einheitliche Leistung, auch nur einmal, also nicht von beiden Parteien den vollen Lohn beanspruchen können[6]), so sind entgegenstehende Vereinbarungen des Mäklers mit den Parteien dadurch keineswegs in allen Fällen ausgeschlossen. Es ist eine vertragsmäßige Außerkraftsetzung der genannten beiden Vorschriften z. B. in Hamburg derart an der Tagesordnung, daß man daselbst in dieser Hinsicht jedenfalls von einem abweichenden Geschäftsgebrauche reden kann. Nun sollten wir eine Steigerung derartiger Sitten oder Unsitten bis zu der Möglichkeit der Bildung partikularer Gewohnheitsrechte zulassen, durch welche bald die ganze Reichsgebührenordnung und die erwähnte Bestimmung des H.G.B. für Hamburg außer Kraft gesetzt werden könnten?! Das wäre wünschenswerth, das sollten wir begünstigen? Einem Geschäftsgebrauche gegenüber ist wenigstens der Auswärtige, nicht mit ihm Vertraute, wenn er sich nicht blindlings der Landessitte fügt, hinreichend geschützt. Der Schutz fällt weg, sobald man gestattet, daß sich die Sitte zu einem Gewohnheitsrechte steigert. Der Satz, daß Jedermann das Recht kennen muß, kann in concreto schon unbillig werden. Er läßt sich vertheidigen bei dem Gesetzesrecht, zufolge des Wesens der Publikation, die sich an Alle richtet; er läßt sich auch vertheidigen gegenüber dem gemeinen Gewohnheitsrecht, gerade zufolge dessen innerer Bedeutung und wegen seines Umfanges. Denn es verdient keinen Schutz, wenn Einer nicht wissen will, was alle Welt bewegt. Vor dem, was Alle sehen, ist nicht erlaubt, wie Vogel Strauß den Kopf in den Sand zu stecken. Endlich muß auch auf den noch weiter dem Partikularrecht überlassenen Gebieten Jeder wissen, daß hier territoriale Rechtsverschieden-

---

6) Vergl. § 99 H.G.B. und meine Partiarischen Rechtsgeschäfte nach röm. und heutigem Reichsrecht, 1897, S. 429 ff., 503 ff.

heiten geblieben sind, mit denen er rechnen muß, daß also der Segen der deutschen Rechtseinheit mit der dadurch gewährleisteten Verkehrssicherheit auf diesen Gebieten noch nicht besteht. Da muß er also auch auf Existenz und eventuelles Fortentstehen lokaler Gewohnheiten gefaßt sein und sich rechtzeitig damit bekannt machen. Aber die gleiche Pflicht der Erforschung partikularer Besonderheiten (die nicht einmal geschrieben zu lesen sind, sondern bloß auf der Uebung in irgend einem besonderen Bezirk beruhen) gegenüber den allgemeinen Bestimmungen unseres modernen Reichsrechts dem Einzelnen noch zuzumuthen, der irgendwo ein von demselben Reichsrecht abschließend geregeltes Verhältniß eingehen will, und zwar unter dem Präjudiz, daß es sich sonst möglicherweise ganz anders gestaltet, als er vorausgesehen hat, ist denn doch wahrlich unerhört, in heutiger Zeit ganz unerträglich! Das würde zu Härten führen, welche weit größer sind, als diejenigen, welche man durch Zulassung des partikularen Gewohnheitsrechts vermeiden will. Bisher getraute der Norddeutsche sich kaum, im Süden oder am Rhein sein Geld auf Hypothek zu leihen, weil er den Fallstricken der dortigen Pfandgesetzgebung sich nicht gewachsen fühlte und aus der Rechtsunkenntniß empfindliche Verluste befürchtete; und der Erfolg war, daß der Realkredit empfindlich litt. Hat man in Zukunft ähnliche Fallstricke vom partikularen Gewohnheitsrechte zu besorgen, so würde das gleichartige Erscheinungen erzeugen, und eine Schädigung der Allgemeinheit das sichere Ergebniß der Entwickelung sein.

VII.

Für seine Unterscheidung beruft sich Krückmann[1]) auch auf einige Zeugnisse, aus denen sich die Berechtigung des

1) a. a. O. S. 208 ff.

Unterschiedes ergeben soll. Die Rechtsprechung habe schon mehrmals auf den letzteren hingewiesen und ihn gestreift: ein Beweis, daß sogar die Parteien diesen Unterschied gefühlt hätten. Thatsächlich beweisen die herangezogenen Urtheile[2]) nichts für die ganze Behauptung. Sie beschränken sich ausschließlich darauf, in dem gegebenen Fall die Annahme, daß ein geschriebener Rechtssatz durch entgegenstehende Gewohnheit aufgehoben sei, als unbegründet zu verwerfen. Da der betreffende Rechtssatz zufällig ein zwingender war, so lag es nahe, auch dieses Umstandes zu gedenken. Kein Kenner der Urtheilstechnik wird sich wundern, daß das Gericht nicht mehr sagt, als zur Begründung seines konkreten Wahrspruches unbedingt erforderlich war. Die betreffenden Urtheile hatten gar keinen Anlaß, sich darüber auszusprechen, ob sie nicht zu demselben Ergebniß der Verneinung einer Abänderung des geschriebenen Rechts durch die Gewohnheit auch dann gekommen sein würden, wenn der geschriebene Rechtssatz zufällig kein zwingender gewesen wäre. Das Gegentheil ist keinesfalls mit einem argumentum a contrario hineinzutragen.

Auch andere Literaturzeugnisse sind für die Gegenmeinung kaum anzuführen. Den von ihm selbst citirten Schriftstellern muß Krückmann das Zeugniß ausstellen, daß sie die Wahrheit, ja selbst das Problem nicht richtig erkannt hätten! Demgegenüber können wir uns kurz fassen. Windscheid[3]) stellt den Satz auf, daß partikulares Gewohnheitsrecht keine gemeinrechtlichen zwingenden d. h. die individuelle Willkür ausschließenden Rechtssätze aufheben dürfe: der allgemeine Wille könne eben nur wieder durch den allgemeinen Willen überwunden werden. Daß dieses Argument so gut für dis-

2) Vergl. Seuff. Archiv, Bd. 33 Nr. 92 S. 129, Bd. 41 Nr. 281 S. 420; R.G., Bd. 5 S. 184.

3) Pandekten, Bd. 1 § 18 zu Note 2.

positive wie für zwingende Rechtssätze zutrifft, ist klar. Oertmann[4]) ist daher nur konsequent, wenn er dasselbe auf alle Rechtssätze gleichmäßig ausdehnt. Die anderen von Krückmann angeführten Schriftsteller vertreten im Wesentlichen überwundene Anschauungen. So Eichhorn[5]), der derogatorische Gewohnheiten nur dann zulassen will, wenn sie die Grenzen autonomischer Bestimmungen nicht überschreiten, und Savigny[6]), der sie verwirft, sobald sie mit absoluten allgemeinen Landesgesetzen oder mit dem Staatsinteresse kollidiren. Nach Thöl[7]) soll die Gewohnheit derogiren, wenn das Gesetzesrecht dispositiver, vermittelnder Natur ist. Ist letzteres absoluter, gebietender Natur, so soll die Derogation nicht möglich sein, wenn das Gesetzesrecht selbst nur gesetzlich abänderlich ist. Uebrigens interpretirt Thöl nur den ehemaligen Art. 1 des H.G.B., welcher — an sich schon dunkel — durch Erhebung des H.G.B. zum Reichsgesetz noch unklarer geworden war[8]). Den betreffenden Ausführungen kann unmöglich eine über diesen ihren nächsten Zweck hinausgehende Bedeutung beigemessen werden. Umgekehrt hätte aber wohl Goldschmidt[9]) Erwähnung verdient, der sich direkt gegen die Krückmann'sche Ansicht ausspricht und den Grundsatz ver-

---

4) Volksrecht und Gesetzesrecht, S. 20 N. 1.

5) Einleitung in das deutsche Privatrecht, § 26 N. d.

6) System, Bd. 1 S. 196 ff.

7) Handelsrecht, Bd. 1 § 11 zu N. 8 ff.

8) Der Sinn wird wohl niemals ganz aufgeklärt werden. Den Landesrechten gegenüber, welche vielfach die Geltung des Gewohnheitsrechts unbillig ausgeschlossen hatten, sanktionirte er dessen Geltung positiv. Auf der anderen Seite blieb ungewiß, wieweit der Eingriff in das Landesrecht ging: ob die Kriterien des hiernach zugelassenen Gewohnheitsrechts aus diesem selbst oder aus dem betreffenden Partikularrecht zu bestimmen seien. Aus dem Begriffe des Gewohnheitsrechts folgt zweifellos das Erstere. So denn auch Goldschmidt, Handelsrecht, Bd. 1 § 36 Ziff. II.

9) Handbuch des Handelsrechts, Bd. 1 § 35 N. 35.

tritt, daß partikulare Gewohnheiten sich mit keinem gemeinrechtlichen Rechtssatz in Widerspruch versetzen dürfen, also den Unterschied zwischen Gewohnheitsrechten, welche zwingenden, und solchen, welche dispositiven Gesetzesvorschriften widersprechen, nachdrücklich verwirft.

Den Hauptanhalt für seine Ansicht gewährt Krückmann sonach nur die Bestimmung des sächsischen Gesetzbuches (§ 28), die als „bemerkenswerth" hervorgehoben wird:

> Soweit Rechte durch die Willkür der Betheiligten begründet werden können, sind Gewohnheitsrechte zu berücksichtigen, wenn anzunehmen ist, daß die Parteien das in gleichartigen Fällen Gewöhnliche beobachten wollten.

Aber vergessen wird, den Vordersatz zu melden, welcher lautet:

> Durch Gewohnheiten können weder Gesetze aufgehoben oder abgeändert, noch neue Vorschriften mit Gesetzeskraft eingeführt werden.

Ich meine, ein Gesetz, das diesen Grundsatz ausspricht, — für das ein Puchta und andere Meister der historischen Schule umsonst geschrieben haben — ein Gesetz, welches gerade in Sachen des Gewohnheitsrechtes auf dem denkbar niedrigsten wissenschaftlichen Niveau steht, könnte auch für das in Rede stehende Problem am allerwenigsten als Autorität in Anspruch genommen werden. Dazu kommt, daß der einzig von Krückmann angeführte Nachsatz in sehr geschickter Form die Brutalität des Vordersatzes verhüllt. Was da in Wirklichkeit sanktionirt wird, ist gar nicht so sehr wahres Gewohnheitsrecht, als vielmehr Geschäftsgebräuche, die man geschickt „Gewohnheitsrechte" nennt. Diese Gewohnheiten sollen auch nicht entfernt um ihrer selbst willen (kraft der im Volk obwaltenden Rechtsüberzeugung und Uebung), sondern nur dann zur Anwendung kommen, wenn anzunehmen ist, daß die

Parteien sie als das in gleichartigen Fällen Gewöhnliche beobachten wollten: also kraft des Parteiwillens, wie Geschäftsgebräuche[10]).

VIII.

Ebenso kann ich, um auch das noch vorwegzunehmen, in Krückmann's Stellungnahme zum zwingenden Reichsrecht[1]) einen praktisch verwerthbaren Gedanken nicht erblicken. Hier soll das derogirende partikulare Gewohnheitsrecht grundsätzlich ausgeschlossen sein, sofern es zwingendes Recht aufhebt oder abändert, indem es entweder „eine positive Bestimmung aufhebt" oder „den Grundgedanken eines Rechtsinstitutes in sein Gegentheil verkehrt"! Diese Klassifikationen sind Hirngespinnste: ein Homunkulus, der als lebensfähig wohl niemals ins Dasein treten wird. Ein Beispiel, das Krückmann anführt, macht die Sache nicht klarer. Uebrigens ist es das einzige[2]). Wenn das Gesetz bestimmt, in welchen Formen ein Testament errichtet werden kann, so dürfe gewohnheitsrechtlich zu der ursprünglichen Form eine neue eingeführt werden, sofern nur nicht dadurch das Prinzip der Formlosigkeit durch eine Hinterthür eingeführt werde! Unter einer Form, welche die Formlosigkeit einführt, kann ich mir nichts denken[3]). Wenn zur Rechtfertigung des Unterschiedes aber weiter gesagt wird, man müsse dem deutschen Volke wohl

---

10) S. darüber oben Ziff. VI.

1) Vergl. Krückmann, a. a. O. S. 205 ff., 208.

2) a. a. O. S. 206. Die Beispiele am Schluß (S. 209—210) beziehen sich nicht auf diesen Punkt. Auch dürfte wohl schwer sein, zu demselben ein Gegenstück aufzufinden.

3) Auch Jakobi hat die betreffende Auffassung für „revisionsbedürftig" erklärt. Vergl. die Rezension von Krückmann's „Institutionen des B.G.B.", wo (S. 27) die These wiederkehrt. Jur. Literaturblatt, Bd. 10 (1898) S. 92.

so viel Freiheit lassen, auch zwingende Rechtssätze durch das Mittel des partikularen Gewohnheitsrechtes ihren eigenen Prinzipien gemäß weiter zu entwickeln, so glaube ich, daß hier eine ähnliche Verwechselung obwaltet, wie wir sie oben hinsichtlich des Gewohnheitsrechts und einfacher Geschäftsgebräuche konstatirten. Nicht das partikulare Gewohnheitsrecht ist es, welchem die Aufgabe zufällt, unser bestehendes Recht auf Grundlage der ihm innewohnenden Prinzipien organisch weiter zu entwickeln; sondern dazu sind andere Instanzen berufen, die sich mit dieser Aufgabe noch stets zur allgemeinen Zufriedenheit abgefunden haben: Wissenschaft und Rechtsprechung. Daß sie dazu auch weiterhin genügend Spielraum haben, ja mehr als gegenüber irgend einer bisherigen Gesetzgebung, ist hinreichend dargethan [4]). Wenn sie sich weiter dieser ihrer Aufgabe bewußt bleiben und mit dem nöthigen sittlichen Ernst an sie herantreten — wenn sie dem Volke statt des Brodes, nach dem es schreit, nicht einen Stein bieten — dann werden sie zwar nicht unmittelbar Gewohnheitsrecht erzeugen (weder gemeines noch partikulares), auf die Dauer aber wird das Ergebniß ihrer Thätigkeit Recht werden, um der werbenden Kraft willen, die ihren Aussprüchen für die Rechtsüberzeugung des ganzen Volkes innewohnt. Davon haben wir schon bewunderungswürdige Beispiele erlebt. Dieses Gewohnheitsrecht wird ganz von selbst gemeines deutsches, kein partikulares Gewohnheitsrecht sein. Die Kraft der Wissenschaft, auf der es beruht, wird, wie sie noch stets einigend bei uns gewirkt hat, auch dies Gewohnheitsrecht von selbst vom Fluch des alten leidigen Partikularismus befreien.

---

4) Vergl. Endemann, Einführung in das B.G.B., Bd. 1 § 11.

IX.

Zum Schluß bleibt noch zu zeigen, wiefern das Reichsrecht sich in der That ausdrücklich dem Fortbestande resp. der Fortbildung partikularen Gewohnheitsrechtes widersetzt.

Wir haben diesen Punkt absichtlich bis zuletzt aufgespart. Es handelt sich dabei lediglich um eine Frage der positiven Gesetzesauslegung. Zunächst war jedenfalls die innere Rechtfertigung eines solchen gesetzgeberischen Vorgehens aus allgemeinen Grundsätzen herzuleiten. Nach Lösung der Kompetenzfrage bedarf es der Aufdeckung des positiven Gesetzesinhalts. Bestimmte Aussprüche fehlen keineswegs; nur liegen sie nicht eben auf der Oberfläche. Das Schweigen der Reichsgesetzgebung ist also nur ein scheinbares. Aber man hat der Sphinx ihr Geheimniß bisher noch nicht vollständig entlockt.

Gewöhnlich wird gesagt, die Frage sei aus Art. 2 der Reichsverfassung zu beantworten, wonach das Reich das Recht der Gesetzgebung innerhalb des Bundesgebiets nach Maßgabe der Verfassung und mit der Wirkung ausübt, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen. Die herrschende Meinung bezieht diese Vorschrift ohne Weiteres auf das Gewohnheitsrecht [1]). Sie schließe gegenüber den Reichsgesetzen alles Partikularrecht (Gesetze wie Gewohnheiten) aus, soweit nicht besondere Ausnahmen zugelassen sind. Beispiele solcher Ausnahmen sind schon in den bisherigen Reichs-

---

1) Vergl. Gierke, Der Entwurf, S. 124 und Deutsches Privatrecht, Bd. 1 § 22 S. 184 N. 6; Hartmann, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 73 S. 325; Eisele, eod., Bd. 69 S. 293 ff.; Regelsberger, Pandekten, Bd. 1 § 29 S. 119 N. 5 und die meisten Lehrer des Staatsrechts.

gesetzen zahlreiche enthalten [2]); neuerdings kommen die in Art. 55 ff. des Einführungsgesetzes zum B.G.B. zusammengestellten Vorschriften hinzu, nach welchen die Landesgesetze in vielen Fällen „unberührt bleiben". Es handelt sich hier um Materien, auf welche die Kodifikation nicht erstreckt ist, bezw. sich einstweilen nicht erstrecken konnte. Soweit die schrittweise Verminderung dieser Ausnahmen nicht durch die spätere Reichsgesetzgebung erfolgt, herrscht also hier das Landesrecht. Das heißt also nicht bloß das geschriebene Gesetz, sondern auch das Gewohnheitsrecht des betreffenden Landes ebenso wie die dort geltenden autonomischen Satzungen. Endlich würde hierher der Fall gehören, wenn das B.G.B. selbst gelegentlich (wie in § 919 Abs. 2) auf das Landesrecht verweist.

Die herrschende Meinung würde auf Grund unserer früheren Ausführung in Zukunft noch dahin zu ergänzen sein, daß als „Reichsrecht", dem gegenüber alles Partikularrecht (von den vorbehaltenen Ausnahmen abgesehen) zurücktreten muß, fortan nicht nur die Reichsgesetze, sondern auch gemeine deutsche Gewohnheiten zu verstehen sind. Denn wenn wir letztere einmal als gleichwerthig mit dem Reichsgesetz (als ergänzende und derogatorische Rechtsquelle) anerkennen, so müssen sie auch an der dem Reichsrecht zugeschriebenen Kraft, das partikulare Gesetzes- und Gewohnheitsrecht zu brechen, theilnehmen. Interpretirt man Art. 2 der Reichsverfassung von der einen Seite auf das Landesgewohnheitsrecht, so muß er auf der anderen Seite auch vom Gewohnheitsrecht verstanden werden.

Indessen ist die ganze Auslegung neuerdings lebhaft angefochten. Unter den Staatsrechtslehrern von Hänel [3]),

---

2) Vergl. die Uebersicht bei Hänel, Staatsrecht, Bd. 1 § 39 S. 257 ff.

3) Staatsrecht, Bd. 1 § 38 S. 250 ff.

dessen abweichende Auffassung von allen denjenigen Civilisten begierig aufgenommen worden ist, welche der oben erwähnten prinzipiellen Auffassung des Gewohnheitsrechts, als unbeschränkbarer, ipso iure rechtserzeugender Faktor, auch für die heutige Zeit unbedingte Geltung beilegen. Eigentlich sollten sie einer solchen Stütze entrathen können. Aber auch wenn man mit dem Kopfe in die Wolken ragt, verliert man doch nicht gerne jeglichen Boden unter den Füßen und späht bereitwillig nach irgend einem festen Punkt, von dem aus man, als echter Deutscher, das Gefüge der heimischen Rechtsordnung aus den Angeln heben kann. Daher glaubt denn auch Krückmann der Hänel'schen Ansicht voll zustimmen zu müssen, daß der Art. 2 der Reichsverfassung das Gewohnheitsrecht nicht treffe [4]).

Indessen kann man Hänel Recht geben und braucht darum doch nicht die Konsequenz der Fortgeltung partikularer Gewohnheiten zu ziehen. Ich bemerke dabei, daß wir die Frage hier lediglich für das Gebiet privatrechtlicher Bestimmungen zu lösen haben. Hänel ist weit entfernt, auf Grund der Reichsverfassung und seiner Auslegung des Art. 2 partikulare Gewohnheiten als solche zuzulassen. Was er ausführt, ist lediglich, daß der Art. 2 diese Frage selbst unmittelbar nicht beantworte, also keine Entscheidung treffe. Die Entscheidung liege vielmehr in der speziellen, auf Grund des Art. 2 R.V. ergehenden Reichsgesetzgebung. Diese „hat den Beruf zu befinden, ob und wieweit sie die Reichsgesetze dem Prozesse der unmittelbaren Anpassung des objektiven Rechts an die Anschauungen und Bedürfnisse der Rechtsgenossen und damit der Gefahr partikularistischer Zersetzung durch das Gewohnheitsrecht entziehen will".

4) a. a. O. S. 200 N. 1, S. 202.

Ich begreife nicht, wie man diese für Hänel's Stellungnahme zum partikularen Gewohnheitsrecht ausschlaggebenden Sätze in ihrer Tragweite für das Privatrecht hat übersehen können. Mir genügen sie vollständig. Wir brauchen uns über den Sinn des Art. 2 der R.V. in seinem ursprünglichen Zusammenhang gar nicht zu streiten, wenn wir in Spezialgesetzen genügende Anhaltspunkte dafür finden, daß in dem vorwürfigen Fall die Fortgeltung partikularer Gewohnheiten dem Reichsrecht gegenüber ausgeschlossen werden sollte.

Für das Privatrecht sind nun derartige Anhaltspunkte in genügender Zahl vorhanden.

Auf einen derselben hat schon Endemann[5]) zutreffend aufmerksam gemacht, wenngleich seine Begründung noch der Vertiefung bedarf. So, wie der Gedanke bisher formulirt ist, ist er auch gleich mißverstanden worden[6]).

Art. 2 des Einführungsgesetzes zum B.G.B. enthält die lapidare Bestimmung:

> Gesetz im Sinne des B.G.B. und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.

Der Satz entspricht den Vorschriften bei Einführung der Reichsjustizgesetze: § 12 E.G. C.P.O., § 2 E.G. K.O., § 7 E.G. St.P.O. Er enthält somit nichts Ungewöhnliches. Dennoch ist seine Tragweite für unsere Frage eine ganz besondere.

Sehen wir vor jeder eigenen (civilrechtlichen) Erörterung zu, was beispielsweise die Schriftsteller des Reichsprozeßrechts mit dem entsprechenden Satze angefangen haben. Am ausführlichsten und gründlichsten ist Wach. Derselbe beginnt in seinem „Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts“ das erste Buch mit der Begriffsentwickelung des Gesetzes[7]) unter Zu-

5) Einführung, Bd. 1 S. 51.
6) S. Krückmann, a. a. O. S. 203 ff.
7) Wach, Handbuch, Bd. 1 § 15 S. 185.

grundelegung des eben citirten Satzes. Gesetz, sagt er, ist danach jede Rechtsnorm, gleichviel welcher Quelle sie entspringt, ob sie Gesetz im engeren Sinne (lex scripta) oder Gewohnheitsrecht (lex non scripta) ist. Das so verstandene geschriebene und ungeschriebene „Gesetz" ist also das sog. objektive Recht: das „Prozeßgesetz", von dessen innerem Wesen, Herrschaftsgrenzen in zeitlicher und örtlicher Beziehung, Auslegung &c. weiterhin in dem erwähnten ersten Buche die Rede ist. Wir wissen nun, wovon Wach handelt, wenn er ferner [8]) dieses Prozeßgesetz oder Civilprozeßrecht in Reichsrecht und Landesrecht unterscheidet. Der Gegensatz ruht lediglich im Geltungsumfange. „Das gemeine deutsche Civilprozeßrecht ist Reichsrecht. Als solches ist es gemäß dem staatsrechtlichen Verhältniß von Reichs- und Bundesstaatsgewalt gegenüber dem Landesrecht das stärkere Recht: Reichsrecht bricht Landesrecht (Reichsverf. Art. 2)".

So sagt nun die Reichsverfassung bekanntlich nicht (vergl. oben den Wortlaut). Was also ist hier geschehen? Der Artikel ist umgedeutet gemäß der Vorschrift des § 12 E.G.C.P.O., wonach in Ansehung des Civilprozesses unter „Gesetz" jede Rechtsnorm, also auch die gewohnheitsrechtliche zu verstehen ist. Und das ist richtig. Mag der Art. 2 R.V. für sich allein genommen lauten und zu verstehen sein wie er will: das auf Grund desselben ergangene spezielle Reichsgesetz (die C.P.O. mit ihren Einführungsbestimmungen) hat ihm für ihr Gebiet einen näheren, bestimmten Inhalt gegeben. Sie hat, wie Hänel sagt, darüber befunden, ob gegen ihre Vorschriften noch anpassende oder die einheitliche Wirkung zersetzende partikulare Gewohnheiten zugelassen

8) Vergl. a. a. O. § 16 S. 189 und bes. S. 190.

werden sollen; und sie verneint dies, indem sie sagt, daß für ihren Bereich unter Gesetz jede Rechtsnorm, also auch die gewohnheitsrechtliche zu verstehen sei.

Der Sinn ist klar und auch die juristische Konstruktion [9]), die Wach freilich nicht nennt, aber um so bestimmter anwendet. Es ist authentische Interpretation des früheren Gesetzes. Da letzteres aber die Verfassung ist, welche die Grundlage aller Reichsgesetze, nicht bloß derjenigen des Privatrechts und des Civilprozesses ꝛc. bildet, so versteht sich, daß die Gesetze aller dieser verschiedenen Disziplinen eine derartige authentische Interpretation nur für ihr eigenstes Gebiet vornehmen, und der Auslegung der Bestimmung im Uebrigen nicht vorgreifen. Innerhalb dieses Rahmens aber hat die gesetzliche Auslegung den ihr zukommenden Charakter durchaus bewahrt: m. a. W. sie hat rückwirkende Kraft. Diese legt ihr auch Wach implicite und ohne Weiteres bei, indem er der fraglichen Verfassungsvorschrift, soweit er sie auf das Civilprozeßrecht anwendet, einfach den durch § 12 E.G. C.P.O. bedingten Sinn unterschiebt, also nicht von den „Landesgesetzen, die von der Reichsgesetzgebung" gebrochen werden, sondern vom „Reichsrecht" spricht, welches den „Landesrechten" vorgeht. So hat das Reichsrecht hier Kraft, das Landesrecht aufzuheben und auszuschließen, soweit es will, und das Landesrecht hat nur insoweit Raum, als ihm das Reich noch ferner solchen freiläßt [10]).

Dieselbe Konstruktion, die hier in Anwendung auf das

---

9) Krückmann (S. 204) behauptet zwar: was die lange Jahre nach der Reichsverfassung erschienenen Gesetze für den Sprachgebrauch der Verfassung beweisen könnten, sei nicht klar! Ich hoffe mich mit dem Vorwurf leidlich abzufinden.

10) Wach, a. a. O. S. 190.

Prozeßrecht erfolgt, ist nach dem wesentlich gleichlautenden Art. 2 des Einführungsgesetzes zum B.G.B. auch für das heutige Civilrecht am Platze. Auch da heißt es: unter Gesetz ist im Gebiet des neuen Reichscivilrechts fortan jede Rechtsnorm zu verstehen; und diese authentische Begriffsbestimmung müssen wir daher auch für das durch die Verfassung geregelte Verhältniß von Reichs- und Landesprivatrecht zu Grunde legen. Die obigen prozeßrechtlichen Ausführungen passen darauf unmittelbar. Die heutige Kodifikation hat alles Landesprivatrecht beseitigen wollen, soweit sie es nicht in Art. 56 ff. E.G. sowie in anderen speziellen Vorbehalten ausdrücklich konservirte. Ueber diesen Rahmen hinaus tritt also das bestehende Partikularrecht außer Kraft und neues kann sich nicht bilden [11], weder als gesetzliche noch als gewohnheitsmäßige Rechtsnorm.

Diese Konstruktion genügt meines Erachtens vollkommen. Wir wollen aber, da sie bei der bekannten Hartnäckigkeit der Gegner vielleicht trotzdem bemängelt werden könnte [12], zum Zweck der Führung eines durchschlagenden Beweises dasselbe Ziel auch noch auf einem anderen Wege zu erreichen suchen. Gelingt die Herleitung desselben Resultats auch noch aus anderen Bestimmungen, so wird man zugestehen müssen, daß das Gesetz in dieser Frage keine weiteren Zweifel zuläßt.

Zuvor möchte ich jedoch noch den Einwand ausräumen, den Endemann sich selber macht [13]. Derselbe beruht auf einem Mißverständniß, dessen Aufklärung vielleicht nicht über-

---

11) Art. 3 E.G. B.G.B.

12) Z. B. weil für authentische Interpretation nicht zu vermuthen sei. Vergl. Dernburg, Pandekten, Bd. 1 § 37 N. 5. In der That trifft der Einwand in Wirklichkeit nicht. Denn die gesetzliche Auslegung ist im vorwürfigen Falle als gewollt erwiesen. Ausdrücklich sich als solche zu bezeichnen braucht sie nicht.

13) Einführung a. a. O. § 12 N. 3 i. f. S. 51.

flüssig erscheint. Endemann glaubt, a die Motive zum I. Entwurf des Einführungsgesetzes an unserer Stelle[14]) unter „Gesetz" nur das geschriebene Gesetz verstanden hätten. Das trifft nicht zu. Die Motive sagen zur Rechtfertigung der Vorschrift „Gesetz im Sinne des B.G.B. sei jede Rechtsnorm", gar Nichts, sondern verweisen in dieser Hinsicht einfach auf die Motive zum B.G.B. Dort heißt es[15]), daß der Ausdruck „Gesetz" zunächst im Sinne staatlicher Rechtssatzung, dann aber auch im Allgemeinen zur Bezeichnung einer jeden Rechtsnorm ohne Rücksicht auf deren Entstehungs- und Erkenntnißquelle gebraucht sei. Maßgebend sei vornehmlich das Bedürfniß nach dem einheitlichen umfassenden Ausdruck für die vielfach in Bezug zu nehmenden, auf verschiedenen Rechtsquellen beruhenden Sätze des materiellen Landesrechts — also gerade auch für das partikulare Gewohnheitsrecht. Das Bedürfniß der Terminologie bestehe in gleicher Weise auch für das Einführungsgesetz, insofern daselbst festzustellen sei, daß das geltende Recht in Ansehung gewisser Materien unberührt bleiben, in Ansehung anderer außer Kraft treten solle. Mit Rücksicht darauf sei es für angemessen erachtet worden, beiderseits den Ausdruck „Gesetz" in der allgemeinen Bedeutung von Rechtsnorm zu verwenden und dies durch eine in das Einführungsgesetz aufzunehmende Vorschrift klarzustellen. Also kein Wort von einer Beschränkung des Ausdrucks „Gesetz" auf eine geschriebene Rechtsnorm! Im Gegentheil, das Wort wird geradezu als technisch für alle Rechtsnormen proklamirt. Nur in § 2 des B.G.B. I. Lesung (der das Gewohnheitsrecht beseitigte und bekanntlich gefallen ist) — so fahren die Motive fort —

---

14) Motive zum Entwurf des E.G. B.G.B., I. Lesung (1888) S. 64.
15) Motive zum Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich I. Lesung (1888), Bd. 1 S. 2.

werde der Ausdruck „Gesetz" im engeren Sinne (als lex scripta) gebraucht, wie sich dies aus dem Inhalt der Vorschrift (Beseitigung des Gewohnheitsrechts) von selbst verstehe [16]). Denselben Gedanken, und nur diesen, fühlen sich denn auch nochmals die Motive zum Einführungsgesetz an der citirten Stelle gemüßigt auszusprechen, deren Sinn also nur ist: Allgemein sei unter „Gesetz" jede Rechtsnorm (auch die lex non scripta) zu verstehen, mit einziger Ausnahme in § 2 des Entwurfs des Hauptgesetzes, wo selbstverständlich nur die lex scripta gemeint sei, welche die lex non scripta ausschließe.

X.

Es wurde schon angedeutet, daß wir zum Ausschluß des partikularen Gewohnheitsrechtes durch die Reichsgesetzgebung auch noch auf einem anderen Wege gelangen können. Die einseitige Abstellung der Begründung auf den Begriff der authentischen Interpretation bietet Angriffspunkte, die sich vermeiden lassen. Kommen wir ohne sie zum gleichen Ziele, so entfallen diese Angriffe von selbst. Das Gegenstück zu der authentischen Interpretation ist nun der Erlaß eines sog. korrektorischen Gesetzes. Wenn der Gesetzgeber eine Kontroverse des bisherigen Rechts durch ein Gesetz entscheidet, so geht er von der Thatsache aus, daß der Rechtszustand, welchen er jetzt schafft, in dem bisherigen Recht noch nicht bestanden habe, also neu zu ordnen sei. Im Gegensatze zur authentischen Interpretation schafft er hier also neues Recht; und die Rückwirkung, die der authentischen Interpretation zukommt, tritt folgerecht nicht ein.

---

16) Der beseitigte § 2 der I. Lesung lautete: Gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen gelten nur insoweit, als das Gesetz auf Gewohnheitsrecht verweist.

Nun ist es aber klar, daß wir in unserm Falle einer solchen Rückwirkung gar nicht bedürfen. Es genügt uns vollauf, wenn am 1. Januar 1900 mit dem Inkrafttreten des B.G.B. und seiner Nebengesetze die partikularen Gewohnheiten, soweit sie nicht vorbehalten sind, wegfallen und neue in Gemäßheit des Art. 3 E.G. nicht mehr entstehen können. Weiter ist offensichtlich, daß eine wirklich in der Kodifikation stattgefundene Regelung der Frage für das Civilrecht nur

entweder authentische Interpretation der Reichsverfassung
oder korrektorisches Gesetz (Novelle)

sein kann. Ein Drittes giebt es nicht.

Gelingt es uns also nachzuweisen, daß auch die Kodifikation eine Beseitigung des partikularen Gewohnheitsrechts im Sinne einer jetzt neu erlassenen Bestimmung enthält, so ist der Kreis unserer Beweisführung geschlossen, da eine andere als die vor- oder rückschauende Betrachtung des Gegenstandes, die hier, wie schon gezeigt, auf ganz dasselbe Ergebniß hinausläuft, nicht möglich ist.

Vorweg ist zu bemerken, daß die in Rede stehende Abänderung, auch insofern sie sich, wie hier, auf das privatrechtliche Gebiet beschränkt, inhaltlich eine Verfassungsänderung sein würde. Indessen kann uns dieser Umstand nicht beirren. Die Reichsverfassung ist nach der übereinstimmenden Ansicht der bedeutendsten Staatsrechtslehrer gegen Verfassungsänderungen weit weniger gefeit, als die Verfassung der meisten anderen Staaten. Veränderungen der Reichsverfassung erfolgen nach Art. 78 R.V. einfach im Wege der Reichsgesetzgebung. Sie gelten als abgelehnt, wenn sie im Bundesrathe 14 Stimmen gegen sich haben. Einer der Fälle,

in denen die Veränderung erschwert ist[1]), liegt hier nicht vor. Die herrschende Meinung nimmt unbedenklich an, daß das Stimmenverhältniß im Bundesrath lediglich ein Internum dieser Körperschaft bildet. Thatsächlich tritt es in der Oeffentlichkeit nicht hervor. Wenn auch der Richter das gehörige Zustandekommen der Reichsgesetze zu prüfen hat, so entzieht sich die Frage, ob die Vorschriften des Art. 78 befolgt sind, doch der richterlichen Untersuchung, da die Verhandlungen des Bundesraths nicht öffentlich sind[2]). Auf die Normalität des Vorgangs muß ohne Weiteres aus dem Einbringen der Vorlage beim Reichstag gemäß den Beschlüssen des Bundesraths geschlossen werden. Der Satz legalia praesumuntur ist, wenn irgendwo, hier ausschlaggebend[3]). Ebenso ist die Verfassungsänderung nach herrschender Ansicht in ihrer Gültigkeit nicht dadurch bedingt, daß sie sich in dem abändernden Gesetz formell als solche ankündigt, oder daß letzterem eine besondere Aufhebung oder Umgestaltung der fraglichen Verfassungsbestimmung vorhergeht[4]). Jedenfalls ist das auch die allgemeine Uebung der Praxis. Wir besitzen eine ganze Anzahl von Reichsgesetzen, deren Gültigkeit von Niemandem beanstandet wird, und welche mehr oder minder offensichtlich Verfassungsänderungen enthalten[5]), ohne daß dieser

---

1) Z. B. insofern die Abänderung die vertragsmäßigen Grundlagen des Reichs oder iura singulorum betrifft. Meyer, Staatsrecht, 3. Aufl. (1891) S. 483 ff.

2) S. auch Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1 § 18 S. 137 N. 39.

3) Gierke, a. a. O. lit. b.; Dernburg, Pandekten, Bd. 1 § 25 N. 9; Regelsberger, Pandekten, Bd. 1 § 34 bei N. 6; vergl. Meyer, Staatsrecht, § 178 N. 5 ff. u. Cit.

4) Vergl. O. Bähr in den Preuß. Jahrb., Bd. 28 (1871) S. 79; Laband, Staatsrecht, Bd. 1 (3. Aufl. 1895) § 55 S. 520 ff.; Hänel, Studien z. deutschen Staatsrecht, Bd. 1 (1873) S. 258; Zorn, Staatsrecht, 2. Aufl. Bd. 1 S. 432, wo auch die Dissentienten angegeben sind.

5) Als ein Beispiel für viele citire ich das kurz nach der Reichsverfassung erlassene Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs vom

jemals vor oder bei Einbringung der betreffenden Gesetze Erwähnung geschehen wäre [6]).

Kann also die Frage der Verfassungsänderung kein Hinderniß bereiten [7]), so ist nunmehr zu untersuchen, ob sich die Abänderung des mehrfach citirten Art. 2 der R.V. für das Civilrecht aus den Bestimmungen der Kodifikation selbst herleiten läßt. Man kann zu diesem Zweck von zwei Bestimmungen ausgehen.

XI.

Zunächst bestimmt Art. 32 des Einführungsgesetzes zum B.G.B., wie allgemein bekannt, das grundsätzliche Verhältniß des B.G.B. zu dem bisherigen Reichsrecht, und zwar selbstredend einschließlich der Verfassung. Die Regelung ist: die reichsgesetzlichen Vorschriften bleiben in Kraft. Sie treten jedoch insoweit außer Kraft, als aus

---

28. Oktober 1871 § 50, hinsichtlich dessen bei der parlamentarischen Berathung (Sten. Ber. d. Reichstags, I. Legislaturper., 1. Sess. 1871, Bd. 1 S. 552) sogar der Generalpostdirektor die darin enthaltene Verfassungsänderung zugab. Vergl. darüber Hensel, Annalen 1882 S. 27 ff.; Mittelstein, Beiträge zum Postrecht (1891), S. 1; Dambach, Komm. zum Postgesetz, § 50 5. Aufl. (1892) S. 209.

6) Dies wird allseitig, auch von denen zugegeben, welche, wie Meyer, Staatsrecht, § 164 S. 483, im Prinzip von der entgegengesetzten Auffassung ausgehen. S. noch Hänel, Deutsches Staatsrecht, Bd. 1 (1892) § 134 bes. S. 792 ff.

7) Dies gilt auch für die Frage nach der Kompetenz des Reichs zu der in Rede stehenden Abänderung überhaupt. Denn einmal hat das Reich selbst seine Kompetenz zu regeln (vergl. Hänel, Staatsrecht, Bd. 1 §§ 182 ff.), und weiterhin ist überhaupt die Kompetenzfrage nur gegenüber der einzelstaatlichen Gesetzgebungsgewalt, nicht gegenüber dem Gewohnheitsrecht der einzelnen Landestheile aufzuwerfen. Das partikulare Gewohnheitsrecht geht weder von der Einzelstaatsgewalt als solcher aus, noch ist es an die territoriale Eintheilung und den Umfang der Gliedstaaten gebunden.

dem B.G.B. oder dessen Einführungsgesetze die Aufhebung sich ergiebt. Das ist nicht das Verhältniß gewöhnlicher Derogation. Sondern die Bestimmung bezweckt vornehmlich, die privatrechtlichen Vorschriften der älteren Reichsgesetzgebung mit denjenigen des Reichscivilgesetzbuchs zu einem geschlossenen Ganzen zu verweben, weil eine systematische Zusammenfassung und Verarbeitung des Ganzen sich als unthunlich erwies und nicht als Aufgabe des Gesetzgebers erachtet wurde. Diese Aufgabe überließ man der Wissenschaft. Wie wenig der Gesetzgeber zu ihrer Lösung berufen war, zeigt unser Fall auf's Deutlichste. Der ganze Zusammenhang der älteren Gesetze wäre durch die Herausreißung einzelner Bestimmungen zerstört worden. Im vorwürfigen Fall nun geht die Tragweite der älteren Bestimmung über die Sphäre des Privatrechts weit hinaus: bezieht sich auf das Verhältniß der Reichsgesetze zu den Landesgesetzen überhaupt. Eine Herübernahme und ausdrückliche Abänderung des Art. 2 der Reichsverfassung für die Privatrechtsnormen wäre ganz unthunlich gewesen, in die Verfassung ein völliger Riß gekommen. Daher beschränkte man sich in der Kodifikation darauf, grundsätzlich zu bestimmen, daß die Vorschriften der Reichsgesetzgebung fortgelten sollen, soweit nicht eine innere sachliche Unvereinbarkeit derselben mit den erlassenen neuen Bestimmungen des Reichsgesetzbuchs und Einführungsgesetzes obwaltet. Letzterenfalls müssen auch die bisherigen reichsrechtlichen Vorschriften dem neuen Gesetze weichen, während sonst aus der Zeitfolge der verschiedenen Bestimmungen kein Argument für den Vorzug der einen Rechtsnorm über die andere hergeleitet werden kann, vielmehr eine sachliche Vereinigung zu erstreben ist. In diesem Sinne werden die früheren Reichsgesetze bestätigt, sie gelten gewissermaßen nach Maßgabe des Art. 32 E.G. als noch einmal erlassen: aber selbstverständlich in derjenigen

Gestalt und mit den Abänderungen, welche sich für das Gebiet des Privatrechts aus den besonderen Bestimmungen des B.G.B. und seines Einführungsgesetzes ergeben.

Wenden wir diesen Grundsatz auf das vorliegende Problem an, so ergiebt sich folgendes Resultat:

Art. 2 des Einführungsgesetzes zum B.G.B. sagt, daß im Sinne der Kodifikation, also in Sachen des Privatrechts, fortan unter Gesetz jede Rechtsnorm — also auch das Gewohnheitsrecht — zu verstehen sei.

Art. 32 des Einführungsgesetzes hält die Bestimmung der Reichsverfassung, zufolge deren die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen, für das privatrechtliche Gebiet nur insofern in Kraft, als sich aus den Bestimmungen des B.G.B. und E.G. B.G.B. — in specie aus der soeben citirten Bestimmung des Art. 2 E.G. — nicht die Abänderung der Verfassungsvorschrift ergiebt.

Folglich muß letzterer in Zukunft in Sachen des Privatrechts derjenige Inhalt gegeben werden, welcher sich aus Art. 2 des E.G. B.G.B. ergiebt; so daß also darin an Stelle der Reichs- und Landesgesetze von nun an jede Rechtsnorm des Reichs- und Landesprivatrechts tritt — d. h. auch das Gewohnheitsrecht.

Der allgemeine Satz, daß alles Reichsprivatrecht dem Landesprivatrecht vorgeht, läßt sich somit in Zukunft auch ohne Zuhülfenahme authentischer Interpretation aus dem Wortlaut der Reichsverfassung in Verbindung mit den abändernden Artikeln 2 und 32 des Einführungsgesetzes zum B.G.B. herauslesen. Die Präponderanz des Reichsrechts über das Landesrecht ist dadurch auch auf das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle erstreckt.

XII.

Dasselbe Resultat ergiebt sich schließlich auch noch aus richtiger Auslegung des Art. 55 des Einführungsgesetzes. Letzterer zeigt gewissermaßen die Kehrseite der Medaille und bildet insofern das Gegenstück zu dem Art. 32.

Die Deduktion aus diesem Artikel bietet den Vortheil, daß wir die Reichsverfassung gänzlich aus dem Spiele lassen und uns ausschließlich an die Bestimmungen des neueren Gesetzes halten können. Diese schlichteste Auslegung bietet also die geringsten Angriffspunkte. Sie wird das Ergebniß unserer bisherigen Untersuchung insofern wesentlich befestigen.

Art. 55 besagt, daß die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze außer Kraft treten, soweit nicht in der Kodifikation selbst (dem B.G.B. und E.G. B.G.B.) ein Anderes bestimmt ist. Die Aufhebung bezieht sich nicht bloß auf die bestehenden, sondern auch auf künftige Landesgesetze [1]. Letztere können das Reichsrecht weder abändern, noch es ergänzen oder interpretiren, soweit das Reichsrecht solche Ergänzungen rc. nicht will. Art. 55 empfängt aber — geradeso wie oben schon Art. 32 — seinen näheren Inhalt aus der Bestimmung des Art. 2 E.G., wonach unter „Gesetz" nicht bloß die geschriebene, sondern jede Rechtsnorm, m. a. W. auch die gewohnheitsrechtliche zu verstehen ist. Danach ergiebt sich als Inhalt der Vorschrift des Art. 55 der Satz:

> Die landesrechtlichen (oder partikularen) Privatrechtsnormen jeder Art (auch die gewohnheitsrechtlichen) treten zu Gunsten des Reichscivilrechts außer Kraft, soweit das Reichsrecht keine besonderen Vorbehalte enthält.

---

1) Vergl. Art. 3 E.G. B.G.B. u. oben Ziff. IX bei Anm. 11.

Auch hier bezieht sich die Unterdrückung partikularer Rechtsnormen nicht bloß auf die zur Zeit der Einführung des B.G.B. bestehenden, sondern auf alle späteren Partikularrechtsbildungen.

Man sieht, die Sache liegt hinsichtlich des partikularen Gewohnheitsrechts ganz ähnlich, wie sie ohne die ausdrückliche Vorschrift des Art. 56 E.G. mit den auf internationalen Verträgen der Einzelstaaten beruhenden Privatrechtsnormen liegen würde. Auch diese würden als partikularrechtliche Bestimmungen beseitigt sein, wenn der Art. 56 sie nicht im Interesse der internationalen Beziehungen der Bundesglieder zum Ausland aufrecht erhielte. Letztere Vorschrift wäre überflüssig, wenn Art. 55 nicht den soeben entwickelten Sinn hätte, d. h. sich nicht auf privatrechtliche Normen aller Art des Partikularrechts bezöge. Auch ist man darüber einig, daß in Zukunft Staatsverträge der Einzelstaaten mit dem Ausland mit privatrechtlich bindendem Inhalt gegen das Reichsrecht nicht mehr geschlossen werden können. Art. 56 bezieht sich nur auf die bestehenden Verträge.

Für das partikulare Gewohnheitsrecht besteht kein derartiger Vorbehalt; weder für das gegenwärtige noch das zukünftige. Demgemäß muß es nach beiden Richtungen hin fallen — mag es das Reichsrecht ergänzen oder abändern. Wer ersteres bedauert, mag sich vergegenwärtigen, daß nach fast allgemeinem Eingeständniß eine reine Ergänzung ohne Abänderung kaum vorkommt. Den Ausschluß der letzteren aber wird man wohl allenthalben mit Freude begrüßen. Die Gefahr einer partikularen Zersetzung des mühsam errungenen einheitlichen Rechtszustands ist auch nach dieser Seite hin ausgeschlossen, solange das Reich selbst nicht vor dem Verfall steht. Den maßgebenden Gesetzeswillen haben wir kennen gelernt — die Kraft zur Durchführung desselben wird (deß sind wir gewiß) nicht fehlen. Das Königskleid des deutschen Rechts

wird durch partikulare Gewohnheiten nicht durchlöchert und zerfetzt — mit bunten Flicken versehen — bald wieder zum alten Narrenkleide werden. Mystische Liebe zum Quell des Rechts als solchen darf uns nicht vergessen lassen, daß alles Recht in erster Linie um unseretwillen, zur Befriedigung unserer nationalen Bedürfnisse da ist. Letztere sind, was unsere Frage anlangt, richtig im Gesetze vorgesehen, und wir werden dem Staatswillen Achtung verschaffen. So steht die Machtfrage, die unserer Ansicht nach nicht bloß eine solche, sondern wesentlich auch eine Rechtsfrage ist. Auf dieser Grundlage ist jedenfalls der Kampf zu führen, wenn er durch die Ereignisse nothwendig werden sollte, und ich zweifle nicht, daß das Banner des Reichsrechts in diesem Kampfe siegen wird.

Für mich handelt es sich nach dem Ausgeführten da aber nicht so sehr um eine Schlacht, als um die zwangsweise Realisirung eines Rechtszustands wie bei der Zwangsvollstreckung; — sodaß der Staat, wenn er in diesem Punkt von seinen Machtmitteln Gebrauch macht, dadurch den Namen eines Rechtsstaats nicht verliert.

VII.

Beiträge zur Auslegung des deutschen B.G.B.

Von Professor Dr. W. von Blume in Marburg.

II.

Zur Lehre von der Schuldübernahme [1]).

1. Vorbemerkungen.

Unter Schuldübernahme versteht das B.G.B. (§ 414) mit der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre den auf Eintritt eines neuen Schuldners in ein bestehendes Schuldverhältniß gerichteten Vertrag.

---

1) Ich darf annehmen, einem Bedürfnisse entgegenzukommen, wenn ich die seit der 7. Auflage von Windscheid's Pandekten (Bd. 2 § 338) erschienene Schuldübernahme-Literatur hier zusammenstelle: L. Seuffert in Bekker's und Fischer's Beiträgen zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes, Heft 11 § 12 (1889); R. Münster, Ueber die Singularsuccession in Schulden (Göttinger Dissertation 1893, mit dogmengeschichtlichen Nachweisen); Strohal, Zur Beurtheilung des Rechts der Schuldverhältnisse nach der 2. Lesung des Entwurfes (Ihering's Jahrbücher, Bd. 33 S. 381 ff.); Ehrenzweig, Die sogen. zweigliedrigen Verträge (1895), § 23; Wendt, Das allgemeine Anweisungsrecht (1895), Beilage 1; Eck, Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen in Ihering's Jahrb., Bd. 35 S. 294 ff.; v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung (1895), S. 86 ff.; Kipp, Zur Lehre von der Schuldübernahme (Ihering's Jahrb., Bd. 36 S. 336 ff., mit eingehender Darstellung der Praxis); Coviello, Della successione ne'debiti a titolo particolare (Archivio giuridico, Vol. LVII. 1896. — Mit eingehender Berücksichtigung der deutschen Literatur. — (Die Schuldübernahme

Man pflegt heute zwei Arten der Schuldübernahme zu unterscheiden: die „privative" und die „kumulative", oder, wie ich sie lieber nennen möchte: die „befreiende" und die „bestärkende" Schuldübernahme, je nachdem der neue Schuldner als Sondernachfolger an die Stelle des alten trift oder neben ihn als Solidarschuldner.

Das Gesetzbuch regelt in dem Abschnitt „Schuldübernahme" nur die Sondernachfolge in die Schuld. Doch ist kein Zweifel, daß es auch unter dem neuen Recht möglich sein wird, als Gesammtschuldner neben einen Anderen zu treten, dessen Verpflichtung bereits besteht [1]). Und es wird zweckmäßig sein, die aus dem gemeinen Rechte übernommene Anschauungsweise beibehaltend, solche successive Begründung einer Gesammtschuld nach wie vor der Schuldübernahme zuzurechnen.

Wir würden also auch im B.G.B. „befreiende" und „bestärkende" Schuldübernahme zu unterscheiden haben. Ob freilich die letztere erhebliche praktische Bedeutung haben wird, ist eine andere Frage, auf die ich später noch zurückkommen werde.

Das B.G.B. regelt in Buch II, Abschnitt V eingehend den befreienden Schuldübernahme-Vertrag und seine Wirkungen. Von diesen Bestimmungen soll hier zunächst gehandelt werden.

---

des B.G.B. ist dargestellt worden durch Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, § 116; F. Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B., § 153; Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, § 56; Tränkner, Die Schuldübernahme nach dem deutschen B.G.G. (im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 7). Zu vergleichen sind ferner die Motive zu §§ 314, 315 des ersten Entwurfes (Bd. 2 S. 142), die Protokolle der zweiten Lesung, Sitzung 57—59 (Bd. 1 S. 405 ff.) und die Denkschrift zur Reichstagsvorlage, S. 84 ff.

1) So auch Planck, B.G.B., Vorbemerkung 2 zum 5. Abschnitt; Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 206.

Die Verfasser des Gesetzbuches sahen sich, als sie die Schuldübernahme in Angriff nahmen, vor eine schwierige Aufgabe gestellt. Denn das Rechtsgebilde, das es zu ordnen galt, war erst vor wenigen Jahrzehnten von Delbrück „entdeckt" worden. Seitdem hatte sich zwar eine zahlreiche Literatur über die Schuldübernahme gebildet, und die Praxis hatte vielfache Gelegenheit gehabt, zu den aufgeworfenen Fragen Stellung zu nehmen. Aber der Zustand, in dem die Verfasser des B.GB. die Lehre vorfanden, konnte nicht anders als chaotisch genannt werden [1]). Der Grund für diese befremdliche und unerfreuliche Erscheinung liegt für jeden, der sich mit der Literaturgeschichte der Schuldübernahme beschäftigt hat, klar zu Tage: man hatte sich nach bekannter Weise um die Prinzipienfrage geschlagen, ob eine Sondernachfolge in die Schuld konstruirbar sei, und hatte darüber vergessen, nach dem praktischen Zwecke des umstrittenen Rechtsinstitutes zu fragen und die einzelnen Rechtssätze so herauszuarbeiten, daß sie den Anforderungen des Lebens entsprachen. Ganz besonders ungünstig hatte dabei der Umstand gewirkt, daß man in der Schuldübernahme von vornherein nur das „Gegenstück" zur Cession sah, um deren theoretische Konstruktion der Kampf zuerst entbrannt war; was dann zur Folge hatte, daß man in allem die Schuldübernahme möglichst genau der Cession nachzubilden versuchte unter gänzlicher Verkennung der gründlichen Verschiedenheit beider Rechtsinstitute [2]).

Das Gesetzbuch hat die vielumstrittene Konstruktionsfrage erledigt. Es faßt, wie eingangs schon bemerkt worden ist, die Schuldübernahme als Sondernachfolge in die Schuld auf.

---

1) Vergl. die Darstellungen dieses Zustandes bei Münster, S. 7 ff.; v. Blume, S. 118 ff.; Kipp, S. 387.

2) Ueber die nachtheiligen Folgen dieser irrigen Anschauung vergl. v. Blume, S. 102 ff.; Kipp, S. 360.

Der § 414 läßt darüber keinen Zweifel; denn ihm zu Folge tritt der Schuldübernehmer „an die Stelle des bisherigen Schuldners“[1]). Und wenn § 418 die „für die Forderung“ bestellten Bürgschaften und Pfandrechte erlöschen läßt, so geht daraus gleichfalls hervor, daß die Forderung selbst trotz des Schuldnerwechsels als fortbestehend zu denken ist. Man mag nun grundsätzlich der Ansicht sein, daß ein Gesetzbuch nicht konstruiren, sondern Rechtssätze aufstellen soll. Dennoch wird man hier dem Gesetzgeber Recht geben, wenn er sich für eine bestimmte Konstruktion entschieden hat. Denn es handelte sich darum, die der heutigen Volksanschauung entsprechende „Denkform“ für den Schuldnerwechsel zu finden. Der neue Schuldner tritt an die Stelle des alten — das heißt, ins Praktische übersetzt: seine Schuld besteht, sofern und soweit der Andere schuldete. Es ist kein Grund abzusehen, warum das Gesetzbuch für diesen juristischen Vorgang nicht das landläufige Bild wählen sollte. Der Wissenschaft bleibt es trotzdem überlassen, weiter darüber zu verhandeln, ob und wann sich die Denkform „Succession“ logisch rechtfertigen läßt.

In der Prinzipienfrage stimme ich demnach mit dem Gesetzbuche überein. Dagegen kann ich die Regelung der Einzelheiten des Schuldübernahme-Vertrages nicht als gelungen bezeichnen. Das soll kein Vorwurf für die Verfasser des Gesetzbuches sein, die, wie gesagt, in einer ganz ungeklärten Lehre Stellung zu nehmen hatten und nicht anders konnten, als sich der damals herrschenden Anschauung anschließen. Als sich von verschiedenen Seiten Stimmen gegen die vorgeschlagene Regelung erhoben[2]), war es zu spät, als daß noch vor Abschluß des Werkes eine genügende Klärung und damit ein

[1]) So auch die „Denkschrift“, S. 84.

[2]) L. Seuffert, Strohal, v. Blume, Kipp in den angegebenen Arbeiten.

Umschwung hätte eintreten können. Wir werden uns also, so gut es geht, mit den unzulänglichen Bestimmungen des Gesetzbuches einzurichten haben.

Und es wird gehen. Die Lehre von der Schuldübernahme darf trotz ihrer überreichen Literatur gerade um deswillen auch jetzt noch ein besonderes Interesse beanspruchen, weil an ihr zu zeigen ist, wie Theorie und Praxis durch verständige Auslegung des Parteiwillens Fehler des Gesetzes zu verbessern vermögen.

Gegenüber zwingenden Bestimmungen des Gesetzbuches muß sich die Kritik einstweilen bescheiden. Wo aber der Gesetzgeber der Entfaltung des Parteiwillens Raum gelassen hat, ist ein Weg gegeben, um die Kritik des Gesetzbuches fruchtbar zu gestalten. Kann nämlich der Nachweis erbracht werden, daß eine solche nachgiebige Bestimmung nicht dem Verkehrsbedürfnisse entspricht, so wird der Richter den konkreten Parteiwillen nicht unter die ihm widerstrebende Gesetzesnorm zu zwingen, sondern unter die ihm in Wahrheit entsprechende Bestimmung zu bringen haben. Das trifft, wie ich zu zeigen hoffe, insbesondere für Schuldübernahme-Verträge zu.

2. Die Konstruktion des Schuldübernahme-Vertrages im B.G.B. §§ 414, 415.

Das B.G.B. kennt zwei verschiedene Formen des befreienden Schuldübernahme-Vertrages. Die Schuldübernahme kann nämlich bewirkt werden:

1) durch einen Vertrag zwischen dem Uebernehmer und dem Gläubiger, ohne Mitwirkung des Urschuldners (§ 414);

2) durch einen Vertrag zwischen dem Uebernehmer und dem Schuldner unter Mitwirkung des Gläubigers (§ 415).

Der erstgenannte Vertrag erfüllt die Aufgabe der römisch-rechtlichen Passivnovation (Expromission). Er ist ein einfaches,

durchsichtiges Rechtsgebilde. Durch formlose Beredung zwischen dem Gläubiger und dem Uebernehmer wird dieser an die Stelle des Urschuldners gesetzt. Ob der damit einverstanden ist oder nicht, ist gleichgültig [1]). Natürlich ist nicht ausgeschlossen, daß sich der Uebernehmer vorher mit dem Urschuldner ins Einvernehmen gesetzt hat; es wird sogar in der Praxis die Regel sein [2]). Aber diese Abrede ist für den Schuldübernahme-Vertrag ohne jeden Belang. Der Gläubiger braucht gar nicht zu erfahren, was den Uebernehmer veranlaßt, sich als Schuldner an Stelle des bisherigen anzubieten. Nimmt er ihn an, so bleibt der materielle Rechtsgrund (die materielle causa) seiner Forderung unberührt, sie bleibt in des Gläubigers Verhältniß zum Urschuldner enthalten. Daß der neue Schuldner dem Gläubiger aus dem der Schuldübernahme zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zwischen dem Uebernehmer und dem bisherigen Schuldner keine Einwendungen herleiten kann (B.GB. § 416 II), der Schuldübernahme-Vertrag also abstrakt ist, ergiebt sich bei dieser Trennung der beiden Verträge von selbst und kommt auch den Parteien deutlich genug zum Bewußtsein.

Handelt es sich um einen Schuldübernahme-Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Uebernehmer, so wird für den Richter die einzige Schwierigkeit sein, festzustellen, ob eine

1) Stammler, S. 208 hat bereits darauf aufmerksam gemacht, daß es damit trotz § 397 I dem Gläubiger ermöglicht wird, die Schuld gegen den Willen des Schuldners zu erlassen. Auch in dieser Hinsicht leistete in Rom die Passivnovation ganz dasselbe, wie schon Paullus (l. 91 de solut. 46, 3) beobachtet hat.

2) Das verkennt Stammler a. a. O. Er scheint anzunehmen, daß § 414 nur dann Anwendung finden könne, wenn der Schuldübernehmer ohne Zustimmung des Urschuldners handelt. Dabei wird übersehen, daß noch nicht die Schuldübernahme gemäß § 415 „vereinbart" ist, wenn der Urschuldner sich damit einverstanden erklärt oder auch veranlaßt hat, daß der Uebernehmer dem Gläubiger einen Antrag zur Schuldübernahme mache.

befreiende oder eine bestärkende Schuldübernahme beabsichtigt war, da die Parteien nicht immer unzweideutig sagen werden, daß der Uebernehmer an die Stelle des Urschuldners treten solle. Indeß verspare ich mir die Erörterung dieser Frage für später.

Im Gegensatz zum Schuldübernahme-Vertrag I ist der Schuldübernahme-Vertrag II nach § 415 ein sehr komplizirter Vorgang. Hier wird die Schuldübernahme „vereinbart" zwischen dem Urschuldner und dem Uebernehmer. Das kann nur heißen, daß diese beiden einen Vertrag schließen, durch den sie den Uebernehmer an die Stelle des Urschuldners, in die Schuld einsetzen, also einen — unzutreffend — sogenannten „dinglichen" Vertrag [1]). Nicht unter den § 415 würde dagegen ein Vertrag fallen, durch den sich Jemand dem Schuldner verpflichtete, die Schuld zu übernehmen, d. h. mit dem Gläubiger einen Vertrag nach § 414 zu schließen. Denn der Vertrag nach § 415 bedarf, wie sogleich zu zeigen sein wird, der Genehmigung des Gläubigers; wenn sich aber Jemand dem Schuldner zur Schuldübernahme verpflichtet, so hat hier der Gläubiger gar nichts zu genehmigen.

Dagegen können Urschuldner und Uebernehmer durch ihre Vereinbarung das Forderungsrecht des Gläubigers nicht verändern; soll der Uebernehmer an die Stelle des Urschuldners treten, so bedarf es dazu nothwendig der Einwilligung des Gläubigers. Und der ertheilt sie nach § 415 in Form einer „Genehmigung" des zwischen Uebernehmer und Urschuldner geschlossenen Uebernahme-Vertrages.

Wie ist das zu verstehen?

Negativ muß zunächst Folgendes festgestellt werden:

1) Die Genehmigung ist nicht etwa als „Beitritt" des

---

1) Vergl. Motive, Bd. 2 S. 141.

Gläubigers zu dem Vertrage der beiden Anderen aufzufassen, so daß § 415 einen dreiseitigen Vertrag zwischen Urschuldner, Uebernehmer und Gläubiger im Auge hätte. Das Gesetzbuch hat die in der gemeinrechtlichen Literatur mehrfach vertretene sog. „Kollektiv-Offerten-Theorie [1]) sich nicht zu eigen gemacht. Man könnte das schon aus dem Gebrauche des Ausdrucks „Genehmigung" schließen, ich möchte aber so viel Werth darauf nicht legen. Wichtiger ist, daß das Gesetzbuch Urschuldner und Uebernehmer „die Schuldübernahme vereinbaren" und bei Verweigerung der Genehmigung des Gläubigers die Schuldübernahme „als nicht erfolgt gelten" läßt. Daraus ergiebt sich, daß nach Meinung des Gesetzes der Schuldübernahme-Vertrag durch das Abkommen der beiden Erstbetheiligten bereits geschlossen wird und nur seine volle Wirkung noch bedingt ist durch die Genehmigung des Gläubigers. Wäre dagegen der Gläubiger Mitkontrahent, so würde der Vertrag erst mit seinem Beitritte fertig sein.

Entscheidend endlich ist, daß nach § 415 Schuldübernehmer und Urschuldner bis zur Genehmigung, d. h. also (§ 130) bis zum Eintreffen der Genehmigung des Gläubigers, ihre Abrede rückgängig machen können. Ein Beitritt zum Vertrage, d. h. ein Mitschließen des Vertrages, ist nur möglich, wenn ein Antrag vorliegt. Die Kollektiv-Offerten-Theorie wollte den erforderlichen Antrag in der Vereinbarung zwischen Urschuldner und Uebernehmer sehen, und man möchte vielleicht die „Mittheilung" dieser Vereinbarung als Antrag an den Gläubiger auffassen. Aber die angeführte Bestimmung macht diese Auslegung unmöglich. Als Antrag aufgefaßt, würden die vom Urschuldner und Uebernehmer abgegebenen Willensäußerungen nach § 145 unwiderruflich sein. Und wenn man

[1]) Vergl. über diese v. Blume, S. 117; Kipp, S. 352.

selbst annehmen wollte, daß hier eine der im § 145 zugelassenen Ausnahmen vorliege, so würde doch eine rechtzeitige Mittheilung des Widerrufs an den Gläubiger gefordert werden müssen, während § 415 den Parteien gestattet, ohne Rücksicht auf den Gläubiger den Vertrag zu ändern oder aufzuheben. Daraus geht hervor, daß der Schuldübernahme-Vertrag II ein zweiseitiger Vertrag zwischen Uebernehmer und Urschuldner ist.

2) Hat nach § 415 der Gläubiger den von Anderen geschlossenen Schuldübernahme-Vertrag zu „genehmigen", so liegt es nahe, einen der beiden Kontrahenten als Vertreter des Gläubigers aufzufassen. Dem stellt sich aber schon die Erwägung entgegen, daß dann eine besondere Regelung des Falles überflüssig gewesen wäre. Aber auch der Inhalt des § 415 ist damit unvereinbar: abermals müßte man sich fragen, wo die Betheiligten das Recht hernehmen sollten, den Vertrag beliebig zu ändern und aufzuheben. Endlich: welche Partei sollte denn als Vertreter des Gläubigers fungiren? Will doch keine von beiden das Interesse des Gläubigers wahrnehmen und handeln vielmehr beide in eigenem Namen und eigenem Interesse.

3) Der Vertrag nach § 415 ist auch nicht etwa nur ein besonders gearteter „Vertrag zu Rechten eines Dritten", wie der in § 328 geregelte Vertrag zweckmäßig zu nennen sein wird [1]).

---

1) B.G.B. hat den herkömmlichen Namen „Vertrag zu Gunsten Dritter" nicht beibehalten. Es handelt in Buch II Abschnitt V Titel III vom „Versprechen der Leistung an einen Dritten", das je nach Absicht der Parteien bald dem Dritten ein Recht unmittelbar verschafft, bald nicht. Es scheint mir zweckmäßig, dem auf Erzeugung eines Rechtes des Dritten gerichteten Vertrag den oben gebrauchten, von Professor Krückmann mir vorgeschlagenen Namen zu geben.

Schon in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis war die Ansicht überwiegend, wenn auch keineswegs unbestritten, daß es nicht angehe, die befreiende Schuldübernahme den „Verträgen zu Gunsten Dritter" zuzurechnen [1]). Von den Gründen, mit denen diese richtige Ansicht verfochten wurde, sind nun allerdings durch das B.G.B. manche ihrer Kraft beraubt worden, sofern § 328 die Gestaltung der Wirkungen des Vertrages auf Leistung an einen Dritten gänzlich dem Parteiwillen überlassen hat.

Es bleiben aber 2 Hauptgründe gegen die Unterordnung der Schuldübernahme unter die Verträge zu Rechten Dritter bestehen. 1) Es handelt sich bei der Schuldübernahme gar nicht darum, daß vom Uebernehmer dem Urschuldner eine Leistung an den Gläubiger versprochen und diesem dadurch ein Recht verschafft werden soll, sondern es soll ein schon vorhandenes Recht des Gläubigers verändert werden. 2) Die Schuldübernahme ist ein abstrakter Successions-Vertrag (§ 417). Der Rechtsgrund der Forderung des Gläubigers bleibt durch sie unberührt. Dagegen schafft der Vertrag z. R. Dr. eine Forderung mit selbständigem Rechtsgrunde. Der Gläubiger, der aus der Schuldübernahme als aus einem zu seinen Rechten geschlossenen Vertrage klagte, würde nicht die alte, sondern eine neue Forderung geltend machen [2]). Befreiende Schuldübernahme und Vertrag z. R. Dr. schließen einander aus. Es ist demnach auch nach dem B.G.B. schlechterdings unmöglich, die befreiende Schuldübernahme als Vertrag zu Rechten eines Dritten aufzufassen, und es bedarf zum Belege dafür nicht erst noch

---

1) Vergl. v. Blume, Novation, S. 114.

2) So mit Recht auch die Motive, Bd. 2 S. 144, während der weitere dort gegen die fragliche Konstruktion vorgebrachte Einwand: der Schuldübernahme-Vertrag enthalte keinen „favor" für den Gläubiger, heute nicht mehr durchschlagen kann.

des abermaligen Hinweises, daß sonst der Abschnitt V überflüssig gewesen wäre.

Welche juristische Konstruktion die Verfasser des Gesetzbuches dem § 415 zu Grunde gelegt haben, das ist aus den Gesetzgebungsmaterialien klar zu ersehen: der Schuldübernahme-Vertrag zwischen Urschuldner und Uebernehmer enthält danach einen Eingriff in das Vermögensrecht des Gläubigers und kann daher gegen diesen nur mit seiner Zustimmung wirksam werden. § 415 regelt also nur einen Anwendungsfall des § 185; der zwischen Urschuldner und Uebernehmer abgeschlossene Schuldübernahme-Vertrag bildet ein Seitenstück zur Veräußerung eines Rechtes durch einen Unberechtigten.

Die Kommission hat sich damit den Gedanken zugeeignet, der in der gemeinrechtlichen Theorie, wenn nicht um der Zahl, so doch um des Ansehens seiner Anhänger willen, als herrschend bezeichnet werden darf und auch von den obersten Gerichten mehrfach vertreten worden ist. Gegen diese Anschauung sind indessen schon in der 2. Kommission Bedenken laut geworden, die ich für durchaus berechtigt halte, obwohl sie von der Mehrheit der Kommission mit der Begründung zurückgewiesen worden sind, daß die vom Gesetzbuch angenommene Theorie „sich auf die natürliche Auffassung des Lebens gründe und auf die vermuthliche Absicht des Kontrahenten zurückführen lasse und die unter den Betheiligten bestehenden Beziehungen in klarer und einfacher Weise ordne“ [1]).

Die „Genehmigung“ des § 185 II und die des § 415 sind zwei grundverschiedene Rechtsgeschäfte. Das ergiebt sich schon daraus, daß die Genehmigung der Schuldübernahme wirksam erst erfolgen kann, wenn der Gläubiger von den Parteien eine Mittheilung vom erfolgten Vertrage erhalten

1) Protokolle, S. 410.

hat, auch die Parteien ihm eine Frist setzen können, nach deren Ablauf die Genehmigung als verweigert gilt.

Wie wäre das möglich, wenn wirklich durch die „Genehmigung" der Gläubiger seine Zustimmung zu einem Eingriffe in sein Recht gäbe! Es ist doch wohl seine Sache, wie er sich demgegenüber verhalten will, und die Parteien haben ihm keine Vorschriften zu machen, wenn sie in seine Rechtssphäre eingebrochen sind. Auf dies Bedenken wurde in der Kommission geantwortet: im Leben seien Fälle nicht selten, wo die zu Unrecht Verfügenden die Einholung der Genehmigung in Aussicht nähmen. Als ob daraus folgte, daß die Parteien dem Gläubiger die Bedingungen seiner Genehmigung vorschreiben dürfen!

Wollte man sich aber auch über das hier vorgebrachte Bedenken hinwegsetzen, so bliebe doch das andere: enthält denn der Schuldübernahme-Vertrag überhaupt eine Verfügung über das Recht des Gläubigers im Sinne des § 185? Genehmigt der Eigenthümer die Veräußerung seiner Sache durch einen Anderen, so heißt das: er wolle den Vertrag so gelten lassen, als wenn er in seinem, des Berechtigten, Namen geschlossen worden sei. Er läßt die fremde Rechtshandlung als eigene gelten, genehmigt also, streng genommen, nicht den Vertrag, sondern die Willenserklärung des Veräußerers. Es ergiebt sich die Rechtswirkung der Genehmigung mithin daraus, daß eine der beiden Parteien, zwar nicht subjektiv, aber objektiv an Stelle des Berechtigten gehandelt hat. Wem von den beiden Betheiligten fällt nun bei der Schuldübernahme diese Rolle zu? Dem Urschuldner, der den Uebernehmer als Schuldner in die Schuld hineinsetzt? Oder dem Uebernehmer, der den Urschuldner für frei erklärt? Oder allen beiden? Ich glaube, man braucht sich diese Frage nur einmal vorzulegen, um zu finden, daß § 415 mit § 185 nicht in Parallele gestellt werden

kann [1]). Wir stehen mithin vor der Thatsache, daß die Rechtssätze, zu denen die Verfasser des Gesetzbuches mit Rücksicht auf das Rechtsleben gelangten, der theoretischen Konstruktion, die den Ausgangspunkt für sie bildete, nicht entsprechen — eine Beobachtung, die bei der Auslegung des B.G.B. noch häufiger zu machen sein wird.

Die Frage, wie der Vertrag aus § 415 im Einzelnen zu konstruiren sei, ist also noch offen [2]). Festgelegt sind durch das Gesetzbuch nur die Grundlinien: der Schuldübernahme-Vertrag zwischen Urschuldner und Uebernehmer ist in der Schwebe, bis die Zustimmung oder Ablehnung des Gläubigers darüber entscheidet, ob er wirksam sein soll oder nicht. Für die Form und die Wirkung der Zustimmungserklärung des Gläubigers gelten die Regeln der §§ 182 ff. Worauf aber das Recht des Gläubigers, sich die Wirkungen eines fremden Vertrages anzueignen, zurückzuführen ist, wie ferner der Zustand der übernommenen Schuld bis zur Wirksamkeit des Schuldübernahme-Vertrages gedacht werden muß, das sind Fragen, die die Wissenschaft noch zu beantworten haben wird.

Diese Ausführungen sind nicht bestimmt, sie zu erledigen. Nur so viel sollte gezeigt werden, daß die Konstruktion des Schuldübernahme-Vertrages aus § 415, der nach Ansicht der Kommissionsmehrheit der „natürlichen Auffassung des Lebens" entsprechen und die Beziehungen der Parteien „klar und einfach" regeln soll, dem Ausleger ungewöhnliche Schwierigkeiten bereitet, und, daß die Verfasser des Gesetzbuches in einer falschen theoretischen Anschauung befangen waren, als sie diese Bestimmungen formulirten. Worauf ich hinaus will,

---

1) Derselben Ansicht Seuffert, Strohal, Kipp, in den citirten Schriften, ebenso neuerdings Stammler, S. 209.

2) Das ist mit Recht auch von der Mehrheit der Kommission hervorgehoben worden.

habe ich oben angedeutet. Ich will darlegen, daß § 415 im Rechtsleben überhaupt nicht zur Anwendung kommen wird. Damit verliert die Konstruktionsfrage für mich jede Bedeutung.

3. „Interne“ und „externe“ Schuldübernahme.

Wie kommt es denn im Verkehrsleben zur Schuldübernahme? Regelmäßig so: Es wird ein Vermögensstück veräußert, das mit einer Schuld belastet ist. Damit reiner Tisch gemacht werde, vereinbaren die Parteien, daß der Erwerber mit dem betreffenden Objekt zugleich die dazu gehörige Schuld zu übernehmen habe. Geschieht die Veräußerung entgeltlich, so muß sich der Veräußerer natürlich einen entsprechenden Abzug am Preise gefallen lassen: der Erwerber übernimmt die Schuld „in Anrechnung auf den Kaufpreis“.

Die Ausdrucksweise der Parteien bei dieser Abrede ist verschieden. Gewöhnlich wird ausgemacht, daß der Erwerber „die Schuld“ (die Passiva) „übernehme“, oder „annehme“, wobei sich der Zusatz „als eigene Schuld“, „als Selbstschuldner“ hin und wieder findet. Nicht selten aber wird auch gesagt, daß der Erwerber „die Schuld zahlen“, „den Gläubiger ausbezahlen“, „den Schuldner frei halten“ solle rc. Inwiefern diese Verschiedenheit des Ausdruckes von Bedeutung ist für die Frage, ob der Erwerber die Schuld im Rechtssinne, d. h. im Verhältniß zum Gläubiger übernehmen will, soll zunächst unerörtert bleiben. Auf alle Fälle soll der Erwerber dem Schuldner die Schuld wirthschaftlich abnehmen. Wie er dazu kommt, ist hier zunächst zu prüfen.

Derartiges kommt nicht etwa nur dann vor, wenn es sich um ein „Sondergut“ mit „Sonderschulden“ im juristischen Sinne handelt. Vielmehr bilden sich in jedem Vermögen, das aus Bestandtheilen von verschiedener wirthschaftlicher Funktion zusammengesetzt ist, Sondervermögen

mit Sonderschulden im wirthschaftlichen Sinne. Tritt auch das Vermögen nach außen als eine Einheit hervor und belasten die Schulden das Ganze, so muß doch der Inhaber, wenn er vernünftig wirthschaften will, jede Kapitals-anlage — das kaufmännische Geschäft, das Landgut, das Stadt-haus, das zins- und rententragende bewegliche Kapital — für sich betrachten, ihre Kosten, ihre Einkünfte gesondert berechnen, die Schulden, die er für sie aufnimmt, gesondert buchen und vom Werthe des betreffenden Kapitals abziehen. War er diese Art der Wirthschaft bisher nicht gewohnt, so wird er durch die modernen Steuergesetze dazu geradezu gezwungen. Auch das Privatvermögen hat seine „stationes fisci“. Wird nun eine solche statio aufgegeben, so ist es erklärlich, daß der bisherige Inhaber mit dem Aktivum auch das gegenüber-stehende Passivum abzustoßen bemüht ist. So kommt es zur Uebernahme der Schuld durch den Erwerber des Aktivum. Am häufigsten spielt sich dieser Vorgang ab bei der Ver-äußerung von hypothekenbelasteten Grundstücken und bei der Veräußerung eines Handelsgeschäftes mit seinen Aktiven und Passiven. Wohl drei Viertel aller vor den obersten Gerichten ver-handelten Schuldübernahmefälle gehören dieser Kategorie an [1]).

Sehr viel seltener sind Fälle folgender Art. Parteien, die in Vermögensgemeinschaft oder in Geschäftsverbindung stehen, setzen sich auseinander, wobei, um Baarauszahlung zu vermeiden, der eine oder andere bestimmte Schulden auf sich zu nehmen erklärt. Einen besonders interessanten Fall, der hierher zu rechnen ist, hat das Reichsgericht vom 12. Januar 1894 (Bd. 32 Nr. 40 d. Entsch.) behandelt: Ein Gläubiger wollte

1) Vergl. die Uebersicht bei Scherer, Die Entscheidungen des Reichsgerichts und des bayerischen Obersten Landesgerichts zum gemeinen Recht, Nr. 314 (S. 85), ferner Kipp, S. 387 Anm. 1.

seinen Schuldner aus der Verbindung mit anderen Gläubigern lösen und alleiniger Gläubiger werden. Zu diesem Zwecke verabredete er mit dem Schuldner eine ziemlich verwickelte Vermögensverschiebung, zu der unter anderem auch die Uebernahme eines Schuldpostens gehörte.

Es kommen endlich noch Fälle von Schuldübernahme-Verträgen vor, die weder zu der einen noch zur anderen der beiden beschriebenen Gruppen gehören. Sie spielen aber, wie die Rechtsprechung ausweist, im Leben keine Rolle.

Ist diese Abrede, durch die der Schuldner seine Schuld, als Vermögenspassivum gedacht, auf einen Anderen abwälzt, nun ein Schuldübernahme-Vertrag nach § 415?

Das Verständniß des Vorganges wird erschwert, wenn man, wie dies gewöhnlich geschieht, von der Hypotheken-Uebernahme ausgeht. Denn die Vorstellung, die hierbei die Parteien beherrscht, ist insofern eine besondere, als das Bewußtsein von einer neben der Hypothek stehenden persönlichen Schuld vielfach geschwunden ist, die Parteien daher, wie schon der Ausdruck Hypotheken-Uebernahme zeigt, in erster Linie an die dingliche Last, nicht an die persönliche denken. Deshalb erheischt die Hypotheken-Uebernahme eine besondere Betrachtung und eine eigenartige Regelung.

Als typischer Fall der Schuldübernahme ist die Uebernahme eines Handelsgeschäftes mit Aktiven und Passiven anzusehen. Daran wird sich die Parteiabsicht am besten darlegen lassen. Bemerkt sei, daß sich die befreiende Schuldübernahme, auch wenn sie sich an die Uebernahme eines Handelsgeschäftes anknüpft, nach den Bestimmungen des B.G.B. vollzieht. Das H.G.B. (§ 25) setzt nur eine bestärkende Haftung des Geschäftsübernehmers für die Geschäftsschulden fest und zwar auf den Fall, daß entweder die Firma fortgeführt wird oder der Geschäftsübernehmer seine Absicht, für die Geschäftsschulden

einzustehen, bekannt gegeben hat. Von diesen Rechtsnormen wird später gehandelt werden.

Es gilt hier, den Inhalt der zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber eines Handelsgeschäftes getroffenen Schuldübernahme-Vereinbarung festzustellen. Will U, der das Handelsgeschäft des S kauft und dessen Passiva mitzuübernehmen erklärt, durch diesen Vertrag an Stelle des S Schuldner des Gläubigers G werden? Die gemeinrechtlich herrschende Meinung antwortet: es kommt darauf an, ob die Parteien eine „wirkliche Schuldübernahme" oder eine bloße „Erfüllungsübernahme" beabsichtigen [1]). Letztere wäre anzunehmen, wenn der Uebernehmer nur dem Urschuldner, nicht dem Gläubiger zur Erfüllung der Obligation verpflichtet sein will. Sofort erhebt sich indessen die weitere Frage: woran ist zu erkennen, ob die Parteien dies oder jenes wollen?

Zunächst darf gesagt werden, daß es auf die Ausdrücke, deren sich die Parteien bedienen, nicht ankommen kann. Denn mag nun der Erwerber des Geschäftes dem bisherigen Inhaber oder mag er dessen Gläubiger gegenüber verpflichtet sein wollen zur Bezahlung der Geschäftsschulden — immer übernimmt er die Schulden auf sein Vermögen und berechnet danach den Kaufpreis. Und so kann denn an sich mit dem Ausdruck „Schuldübernahme" ebensowohl die Uebernahme im Verhältniß zum Urschuldner wie die Uebernahme im Verhältniß zum Gläubiger, die „wirkliche Schuldübernahme" wie die

---

1) Vergl. Regelsberger in Endemann's Handbuch, Bd. 2 S. 533; Motive II, § 138 S. 147. Die gemeinrechtliche Unterscheidung macht auch das Gesetzbuch. Es handelt im § 329 von der Erfüllungsübernahme und bestimmt: „Verpflichtet sich in einem Vertrage der eine Theil zur Befriedigung eines Gläubigers des anderen Theiles, ohne die Schuld zu übernehmen, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Gläubiger unmittelbar das Recht erwerben soll, die Befriedigung von ihm zu fordern."

„Erfüllungsübernahme“ gemeint sein. Andererseits ist nicht ohne weiteres ausgeschlossen, daß, wer verspricht eines Anderen Schuld zahlen zu wollen, dadurch an seiner Stelle in die Schuld eintreten will.

Sehr drastisch wird diese Behauptung durch die in Schuldübernahmefällen ergangenen Urtheile der obersten Gerichte illustrirt.

Man prüfe z. B. die in Seuffert's Archiv, Bd. 21 unter den Nrn. 38—41 mitgetheilten Urtheile. Da sieht (Nr. 38) O.L.G. Jena in der Bestimmung, daß „die Schuld auf dem gekauften Grundstücke stehen bleiben solle“, eine Schuldübernahme, ebenso O.L.G. Nürnberg (Nr. 31) in der Abrede, daß der Käufer eine Schuld des Verkäufers „zahlen“ solle. Dagegen behandelt O.A.G. Celle (Nr. 40) einen Vertrag, laut dessen Käufer „als eigene Schuld“ bestimmte Hypotheken übernommen hatte, als Zahlungsübernahme! Das O.A.G. München endlich (Nr. 41) geräth in seinem Urtheil bei der Auslegung des Parteiwillens gänzlich in die Brüche[1]). Und was das Reichsgericht betrifft, so sind der III. und der VI. Senat in zwei ganz gleich liegenden Fällen zu ganz entgegengesetzten Anschauungen über die Absichten der Parteien gelangt[2]).

Wo die Form der Willensäußerung kein Hülfsmittel für die Erforschung des Parteiwillens hergiebt, wird stets auf den wirthschaftichen Zweck des Geschäftes zu sehen sein. Was S und U in dem angenommenen Falle mit ihrer Verabredung erreichen wollen, habe ich aber oben bereits gesagt: S will das Passivum seines Vermögens auf U abwälzen.

Am genauesten würde es der Absicht der Parteien ent-

---

1) Vergl. zu diesem Urtheil die hinzugefügten Bemerkungen des Einsenders.

2) Entscheidungen, Bd. 32 Nr. 40, Bd. 33 Nr. 39. Vergl. darüber die kritischen Ausführungen von Eck und Kipp in den citirten Abhandlungen.

sprechen, wenn durch ihre Abrede S bereits aus seinem Schuldverhältniß gelöst würde. Aber es muß ihnen selbst klar sein, daß eine solche Befreiung des S ohne Mitwirkung des Gläubigers unmöglich ist. Ihre Vereinbarung kann also zunächst nur dahin gehen, daß U die Befreiung des S auf seine eigenen Kosten bewirken solle. Der Vertrag wirkt obligatorisch zwischen den Parteien so, daß S wirthschaftlich, nicht juristisch, seine Schuld abgewälzt hat. Ich will den Vertrag in dieser Funktion „interne Schuldübernahme" nennen. Wie sich diese zur sog. „Erfüllungsübernahme" verhält, wird sogleich zu zeigen sein.

Daß in dem Vertrage zwischen Urschuldner und Uebernehmer jedenfalls eine interne Schuldübernahme steckt, berücksichtigt auch das Gesetzbuch. § 415 Abs. III bestimmt: „Solange nicht der Gläubiger die Genehmigung ertheilt hat, ist im Zweifel der Uebernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger die Genehmigung verweigert." Hieran ist nur auszusetzen, daß das Gesetzbuch den Uebernehmer verpflichtet, den Gläubiger zu befriedigen. Denn nicht hierauf kommt es dem Veräußerer an, sondern darauf, daß seine Schuld getilgt, er befreit wird, gleichviel wie. Im Uebrigen hat mit dieser Bestimmung das Gesetzbuch den Parteiwillen zweifellos getroffen. Nach der herrschenden, vom B.G.B. adoptirten Ansicht wollen aber in bestimmten Fällen die Parteien sich mit dieser internen Schuldübernahme nicht begnügen. Vielmehr legen sie es von vornherein darauf an, daß sich aus der internen eine externe Schuldübernahme, ein Eintreten des U in die Schuld des S an dessen Stelle entwickeln soll. Ist das richtig, so müssen die Parteien für diese juristische Absicht einen praktischen Grund haben, sie müssen ein Interesse daran haben, daß die interne Schuldübernahme zur externen ausgestaltet werde.

Welcher Art aber sollte dieses Interesse bei dem Urschuldner sein? Was kann es ihm verschlagen, auf welche Weise er von seiner Schuld frei wird! Da er einmal nicht sofort, durch Vereinbarung mit dem Uebernehmer frei werden kann, so ist es ihm gänzlich gleichgültig, auf welche Weise dieser die Befreiung, zu der er ihm verpflichtet ist, schließlich herbeiführt. Will er sie durch Erfüllung der Schuld erwirken, so kann der Urschuldner kein Interesse haben, das zu verbieten. Ist aber kein Grund zu sehen, warum der Urschuldner sich darauf versteifen sollte, gerade durch externe Schuldübernahme frei zu werden, so fehlt es ebenso an einem Grunde, der ihn veranlassen könnte, seine Befreiung nur in der Erfüllung durch den Uebernehmer finden zu wollen.

Und damit erledigt sich die Frage nach dem Verhältniß zwischen der Schuldübernahme und der sog. Erfüllungsübernahme. Die gemeinrechtliche Doktrin hat nicht vermocht, der Praxis Merkmale an die Hand zu geben, nach denen zu bestimmen wäre, wann der eine oder der andere Vertrag vorliegt. Daher die heillose Verwirrung in der Rechtsprechung. In der Verlegenheit hat man schließlich den Satz aufgestellt: im Zweifel ist zu Gunsten der bloßen Erfüllungsübernahme zu entscheiden [1]). Das mag allenfalls gelten, wenn statt „Erfüllungsübernahme" gesagt wird: „interne Schuldübernahme". Aber ich bestreite, daß damit den Aufgaben, die § 415 stellt, genügt ist. Es muß vielmehr, wenn § 415 überhaupt angewendet werden soll, das praktische Bedürfniß aufgezeigt werden, das die Vertragsparteien veranlassen kann, über die interne Schuldübernahme hinauszugehen und eine externe Schuldübernahme nach § 415 zu vereinbaren.

Allerdings glaube ich, daß dieser Forderung niemals wird genügt werden können.

1) Vergl. Stammler, S. 211.

Der oben beschriebene Vertrag zwischen U und S ist nach dem Parteiwillen weder jemals ein Torso einer externen Schuldübernahme, den der Gläubiger zu vervollständigen hätte, noch jemals eine bloße Erfüllungsübernahme, sondern nur eine interne Schuldübernahme, die den Uebernehmer verpflichtet, den Urschuldner zu befreien [1]), durch Erfüllung oder durch Schuldübernahme, wie es ihm gefällt.

Der Uebernehmer allein ist es, der ein Interesse daran haben kann, die Befreiung des Urschuldners gerade durch eine externe Schuldübernahme herbeizuführen, d. h. vom Gläubiger die Einwilligung zum Eintritt in die Schuld an Stelle des Urschuldners zu erlangen.

Die Gründe dafür können verschiedener Art sein [2]), insbesondere wird der Uebernehmer, wenn es sich um eine erst nach Kündigung des Gläubigers zahlbare Schuld handelt, seiner Verpflichtung nur durch Eintritt in die Schuld nachzukommen vermögen.

Nun könnte man einwenden: wenn dem Urschuldner auch gleichgültig sein wird, wie er frei wird, sofern nur die Befreiung nicht auf seine Kosten geht, so kann er doch ein Interesse daran haben, sicher zu sein, daß er frei wird. Und diese Sicherheit hat er nur dann, wenn nach erfolgter interner Schuldübernahme seine Befreiung nicht mehr abhängt von dem Willen des Uebernehmers. In den Berathungen der zweiten Kommission ist dieser Einwand so formulirt worden: es könne auf die objektive Bindung des Uebernehmers, durch die allein es ermöglicht werde, daß auf einseitige Aufforderung des Schuldners der Gläubiger die Genehmigung ertheile, nicht verzichtet werden [3]).

---

1) So richtig jetzt auch Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts (4. Aufl.), § 14 Nr. 3a.

2) Näheres bei v. Blume, S. 91.

3) Protokolle, S. 411.

Hieran ist so viel richtig: die interne Schuldübernahme ist regelmäßig das Gegenversprechen für eine vom Urschuldner dem Uebernehmer versprochene Leistung. Anstatt Zahlung für die vom Urschuldner zu leistende Eigenthumsübertragung verspricht der Uebernehmer Befreiung von der Schuld, die an der von ihm erworbenen Sache hängt. Leistet nun der Urschuldner seinerseits, ehe der Uebernehmer ihn befreit hat, so muß er wenigstens die Sicherheit dafür haben, daß er frei werden wird.

Indessen darf den Folgerungen, die die Kommission aus dieser Erwägung gezogen hat, doch wohl dieses entgegengehalten werden: die Sicherheit des Urschuldners liegt in dem Versprechen des Uebernehmers. Genügt ihm das nicht, so hat er wie jeder, der eine Leistung gegen Entgelt schuldet, die Möglichkeit, seinerseits Erfüllung zu verweigern, bis der Uebernehmer ihn befreit. Leistet er aber, ehe er die Befreiung erlangt hat, so kreditirt er eben. Ist es denn etwas so Unerhörtes, daß ein Gläubiger auf die Redlichkeit und Zahlungsfähigkeit seines Schuldners vertraut?

Daß gerade dem Schuldübernehmer gegenüber die persönliche Forderung nicht genügen soll, ist um so mehr zu verwundern, als doch, wenn der Gläubiger der übernommenen Schuld nicht in die Schuldübernahme willigt, schließlich wieder die Sicherheit des Urschuldners auf den persönlichen Kredit des Uebernehmers gestellt ist. Das wird offenbar aber gerade dann das Resultat sein, wenn der Schuldübernehmer zweifelhaft ist. Oder mit anderen Worten: ist der Uebernehmer unsicher, so nützt dem Urschuldner die objektive Gebundenheit gar nichts.

Trotzdem mag zugegeben werden, daß die objektive Gebundenheit des Uebernehmers dem Urschuldner einen Vortheil bietet, den er gern in den Kauf nehmen wird. Sollte aber

diese Erkenntniß schon den Schluß rechtfertigen, daß die Parteien der internen Schuldübernahme die in § 415 bestimmten Wirkungen beilegen wollten, so würde man sich im Zweifel nicht für „bloße Erfüllungsübernahme", sondern für „wirkliche Schuldübernahme" zu entscheiden haben. Indes kommt es bei der Auslegung des Vertrages nicht nur auf die Absicht des Urschuldners an, sondern auch auf die Bereitwilligkeit des Uebernehmers, sich objektiv zu binden. Und wenn festgestellt werden kann, daß unter bestimmten Voraussetzungen die Einwilligung des Uebernehmers in diese Gebundenheit angenommen werden darf, so bleibt weiter zu fragen, ob das den Abschluß eines Vertrages nach § 415 bedeutet.

Weil es im Interesse des Urschuldners ist, die Rechtslage so zu gestalten, daß nach vollzogener interner Schuldübernahme die Herbeiführung der Einwilligung des Gläubigers nicht mehr vom Willen des Uebernehmers abhängt, deswegen läßt B.G.B. ihn mit dem Uebernehmer einen abstrakten Schuldübernahmevertrag abschließen, der zur vollen Wirksamkeit nur der Einwilligung des Gläubigers bedarf. Dabei wird aber vollkommen übersehen, daß man so ohne jeden rechtfertigenden Grund dem Uebernehmer gerade die Gefahr aufbürdet, von der man den Urschuldner befreien will. Denn den Uebernehmer nach § 415 haften lassen, heißt, ihn der Gefahr aussetzen, daß er leisten muß, ehe er sein Aequivalent erhalten hat, es heißt, ihn von vornherein auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages verzichten lassen. Was aber soll den Uebernehmer veranlassen, dem Urschuldner derartige Vortheile in die Hand zu geben? Daß B.G.B. in § 415 den Uebernehmer sich bedingungslos dem Gläubiger ausliefern läßt, bedeutet eine souveräne Verachtung des vernünftigen Parteiwillens, gegen die Wissenschaft und Praxis Front zu machen haben, und ist, selbst wenn man die übertriebene Vorliebe des Gesetzbuches

für abstrakte Geschäfte in Betracht zieht, ganz unerklärlich. Und zwar um so mehr als im § 416 für den Fall der Hypothekenübernahme ausdrücklich bestimmt ist, daß der Urschuldner erst nach erfolgter Auflassung des von ihm zu übertragenden Grundstückes die Einwilligung des Gläubigers zur Schuldübernahme einholen kann.

Aufs bestimmteste muß daran festgehalten werden, daß der Uebernehmer nicht eher kann objektiv gebunden sein wollen, als bis der Urschuldner seinerseits geleistet hat [1]). Daß der Uebernehmer auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages verzichten wolle, kann nur dann angenommen werden, wenn er selbst dem Gläubiger sich zur Uebernahme anbietet.

Man möchte vielleicht dem Rechnung tragen, indem man unterstellte, daß eine Schuldübernahme nach § 415 nur unter der stillschweigenden Bedingung zuvoriger Leistung des Urschuldners geschlossen wird, und möchte so den § 415 retten wollen. Indessen wird man bei genauerer Ueberlegung doch zugeben, daß das den § 415 seines wesentlichen Inhaltes berauben heißt. Entschließt man sich einmal dazu, so ist es schon besser, man erklärt den § 415 überhaupt für unbrauchbar. Denn die „objektive Gebundenheit" des Uebernehmers, die durch die Schuldübernahme nach § 415 erreicht werden soll, können die Parteien auf einfachere Weise erreichen. Der Urschuldner braucht nur, wenn er seine Verpflichtungen gegen den Uebernehmer erfüllt, sich von diesem eine unwiderrufliche Vollmacht ertheilen zu lassen, mit dem Gläubiger einen Schuldübernahme-Vertrag nach § 415 zu schließen, durch den der Uebernehmer in die Schuld eingesetzt wird [2]). Und es steht

---

1) Das hat schon Dernburg, Pandekten, Bd. 2 § 58 Anm. 7 betont, aber keine Beachtung gefunden. Ebenso O.L.G. Kiel 1884 (Seuff. Archiv, Bd. 40 Nr. 11).

2) Das schlägt auch Seuffert S. 46 vor.

nichts dem entgegen, diese Vollmacht als stillschweigend ertheilt gelten zu lassen, wenn der Uebernehmer die Leistung des Urschuldners annimmt, ehe er selbst dessen Befreiung erwirkt hat.

Der § 415 muthet den Parteien zu, daß sie in der Schuldübernahme einen abstrakten Successions-Vertrag sehen sollen, der begleitet ist von einer kausalen Befreiungsübernahme, er muthet der Praxis zu, die „wirkliche Schuldübernahme" von der „Erfüllungsübernahme" zu scheiden, obgleich bisher Unterscheidungsmerkmale noch nicht haben aufgefunden werden können, er muthet der Wissenschaft zu, einen Vertrag zu konstruiren, den bisher noch Niemand zu einiger Zufriedenheit hat konstruiren können. Ich glaube: das heißt zu viel zugemuthet! Der § 415 muthet aber schließlich auch noch dem Gläubiger Unannehmbares zu. Ich habe geschildert, wie sich der Vorgang ansieht, wenn man sich auf den Standpunkt des Schuldübernehmers und des Urschuldners stellt. Nun kommt es schließlich aber nicht bloß darauf an, was diese wollen, sondern es ist auch von Bedeutung, festzustellen, wie der Gläubiger, der um seine „Genehmigung" angegangen wird, die Sache ansehen muß.

Man suche einmal einem Gläubiger Folgendes klar zu machen: „Dein Schuldner S hat mit einem Anderen, dem U, einen Schuldübernahme-Vertrag abgeschlossen. Das bedeutet, daß nunmehr U an Stelle des S dein Schuldner geworden ist, vorbehaltlich deiner Genehmigung. Du darfst aber deine Genehmigung erst ertheilen, wenn dir einer von den beiden Mittheilung von ihrem Vertrage gemacht hat." Wird der Gläubiger das verstehen? Ich glaube, er wird fragen: „Wenn wirklich U durch jenen Vertrag mein Schuldner hat werden sollen, warum in aller Welt soll ich denn warten, bis ich förmliche Mittheilung davon erhalte; die kann ja vergessen werden oder verloren gehen, und es muß doch den beiden daran

gelegen sein, möglichst schnell meine Genehmigung zu erhalten!" Und würde ihm erwiedert: „Nicht im Interesse der beiden, sondern in deinem eigensten Interesse hast du die Mittheilung abzuwarten; denn U und S können ihren Vertrag inzwischen wieder rückgängig gemacht haben", so würde die weitere Frage sein: „dann erhalte ich also durch die Mittheilung Sicherheit, daß die beiden nunmehr bei ihrem Vertrage stehen bleiben?" worauf eine verneinende Antwort erfolgen müßte. Wie sollte das der Gläubiger verstehen können!

Als die Verfasser des B.G.B. die Wirksamkeit der „Genehmigung" des Gläubigers abhängig machten von einer vorherigen Mittheilung der Schuldübernahme, gingen sie von der richtigen Beobachtung aus, daß im Verkehr allgemein der Schuldübernehmer oder der Urschuldner sich mit dem Gläubiger in Verbindung zu setzen pflegen, ehe dieser seine Einwilligung ertheilt. Aber die Mittheilung, die der Gläubiger erhält, wird von ihm keineswegs nur als eine Mittheilung von der erfolgten Schuldübernahme aufgefaßt. Schreibt der Uebernehmer dem Gläubiger: „Ich habe die Schuld Ihres Schuldners S übernommen und bitte um Ihre Einwilligung", so wird vielmehr der Gläubiger darin das Anerbieten des S sehen, an Stelle des U in dessen Schuld eintreten zu wollen, d. h. er wird in der Mittheilung eine Offerte zum Schuldübernahme-Vertrage nach § 414 erblicken.

Kaum zu bestreiten ist, daß das Angebot zum Schuldübernahme-Vertrage zwischen Uebernehmer und Gläubiger in dieser Form geschehen kann. Denn nach dem oben Gesagten kann das „Ich habe die Schuld übernommen" sehr wohl nur eine interne Schuldübernahme andeuten. Und nun soll der Gläubiger prüfen, ob diese Mittheilung die Ankündigung einer vollzogenen Schuldübernahme oder ein Angebot zu einer zu vollziehenden ist, ob er zu „genehmigen" oder „anzunehmen"

habe! Und hat er dann aus der Mittheilung eine Offerte herausgelesen und diese angenommen und fordert den Uebernehmer zur Zahlung auf, so muß er die Erklärung gewärtigen, daß die Sache gar nicht so gemeint gewesen sei, sondern es sich um einen Schuldübernahme-Vertrag nach B.G.B. § 415 gehandelt habe, der inzwischen wieder rückgängig gemacht worden sei. Sollte das wirklich der Verkehrsauffassung von der Schuldübernahme entsprechen? Sollte ein Gläubiger überhaupt die Möglichkeit in Betracht ziehen, daß die Mittheilung, die ihm der Uebernehmer macht, etwas Anderes bedeute als ein Angebot zum Schuldübernahme-Vertrage? Ich glaube, die Antwort kann nur verneinend lauten.

Nicht anders wird der Gläubiger die Sache ansehen, wenn nicht der Uebernehmer, sondern der Urschuldner ihm die Mittheilung macht. Da ihn dieser kennt, jener nicht, auch der Urschuldner, falls er dem Uebernehmer vorgeleistet hat, daran interessirt ist, daß der Gläubiger in die Schuldübernahme einwillige, so wird sehr häufig von ihm die Mittheilung ausgehen. Aber auch darin kann der Gläubiger nur einen Antrag zur Schuldübernahme erblicken, den der Urschuldner als Bevollmächtigter des Uebernehmers stellt. Daß die Mittheilung nicht die geringste bindende Kraft haben solle, wird er schlechterdings nicht annehmen können.

So ist denn abermals das Resultat: der Schuldübernahme-Vertrag zwischen Urschuldner und Uebernehmer soll nach Absicht der Betheiligten nur interne Wirkung haben, nach außen wird eine Wirkung erst erzielt durch ein an den Gläubiger gerichtetes Angebot zur Schuldübernahme, das sowohl der Uebernehmer wie auch als sein Bevollmächtigter der Urschuldner abgeben kann [1]).

---

1) In meiner eingangs citirten Schrift habe ich die Ansicht vertreten, daß die Offerte zur Schuldübernahme nur vom Uebernehmer aus-

Zu erwägen bliebe nur, ob nothwendig angenommen werden muß, daß der zwischen dem Gläubiger und einem der beiden Kontrahenten der internen Schuldübernahme abgeschlossene, auf Eintritt des Uebernehmers in die Obligation des Urschuldners gerichtete Vertrag nur eine Schuldübernahme nach § 414 sein könne. Ich bezweifle das nicht. Indessen hat Kipp (a. a. O. S. 352), der im Uebrigen mit den hier vorgetragenen Anschauungen übereinstimmt, die Frage aufgeworfen, ob nicht die Absicht der Parteien darauf gerichtet sein kann, einen dreiseitigen Vertrag abzuschließen, der durch den internen Schuldübernahme-Vertrag nach zwei Seiten und durch den Beitritt des Gläubigers, der auf nur an ihn gerichtete Offerte zu erfolgen hätte, nach der dritten Seite geschlossen würde.

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, daß die interne Schuldübernahme als bloße Befreiungsübernahme gar nicht geeignet ist, zu einem dreiseitigen Vertrage ausgestaltet zu werden. Soll der Gläubiger durch seinen „Beitritt" die Schuldübernahme zum Abschluß bringen, so muß sie von vornherein als „externe" verabredet sein; daran denken aber die Parteien nicht. Es kommt hinzu, daß der Vertrag zwischen Urschuldner und Uebernehmer durchaus nur kausal zu denken ist, die Schuldübernahme aber vom Gläubiger nur abstrakt gemeint sein kann, da er anderenfalls eine Gefahr laufen würde, in die hinein sich zu begeben er gar kein Interesse hat. Es mag immerhin sein, daß, wie Kipp (S. 365) meint, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages dem Gläubiger aus dem Verhältniß zwischen Urschuldner und Uebernehmer auch in diesem Falle nicht entgegengehalten werden könnte. Die dem Ueber-

---

gehen könne. Das oben Gesagte steht damit nicht in Widerspruch, da der Urschuldner nur als Bevollmächtigter des Uebernehmers, nicht im eigenen Namen die Schuldübernahme herbeiführen kann. Immerhin habe ich mich früher nicht klar genug ausgedrückt.

nehmer gegen den Urschuldner zustehenden peremtorischen Einreden ihm gegenüber dem Gläubiger zu versagen, gäbe es jedenfalls keine Möglichkeit. Und damit würde der dreiseitige Schuldübernahme-Vertrag für den Verkehr unbrauchbar. Es bleibt also für die Parteien, die von der internen zur externen Schuldübernahme übergehen, als brauchbarer Weg **nur** der des § 414 übrig.

Damit erhebt sich die Frage, wie sich die Praxis gegenüber dem § 415 zu verhalten hat.

Wer zugiebt, daß die Rechtswirkungen, die B.G.B. an den zwischen dem Urschuldner und dem Schuldübernehmer geschlossenen Uebernahme-Vertrag und an die demnächst von ihnen mit dem Gläubiger gepflogenen Verhandlungen knüpft, nicht dem Parteiwillen entsprechen, wie er auf Grund der Verkehrserfahrung und nach den Grundsätzen von Treu und Glauben vermuthet werden muß, der darf sich nicht etwa damit begnügen, zu sagen, daß de lege ferenda es sich empfehle, den Rechtsvorgang anders zu gestalten, als das B.G.B. gethan hat [1]). Denn es handelt sich nicht um eine Konstruktionsfrage, sondern es kommt darauf an, dem Richter zur Hand zu gehen bei der Auslegung des seiner Beurtheilung unterbreiteten Vertrages. Hat das Gesetzbuch mit dem § 415 den zu vermuthenden Parteiwillen nicht getroffen, so ergiebt sich, daß § 415 im Zweifel auf den Schuldübernahme-Vertrag

---

1) In Anmerkung 1 zu § 415 sagt **Planck**, die Auffassung, daß der Vertrag zwischen Urschuldner und Uebernehmer nur interne Bedeutung habe, die Schuldübernahme selbst aber durch Annahme eines Vertragsantrages nach § 414 zu Stande komme, habe de lege condenda erhebliche Gründe für sich. Das ist ein sehr werthvolles Zugeständniß. Aber es ist zu platonisch, als daß die Praxis damit etwas anfangen könnte. Und doch gilt es den Fehler, den der Gesetzgeber bei der Auslegung des abstrakten Parteiwillens begangen hat, in der Praxis der Auslegung des konkreten Vertrages wieder gut zu machen.

nicht angewendet werden darf. Er wird nur dann anzuwenden sein, wenn die Vertragschließenden die in ihm festgesetzten Wirkungen klipp und klar vereinbart haben. Das ist nicht etwa schon dann der Fall, wenn die Parteien sich in ihrem Vertrage auf den § 415 bezogen haben. Denn nicht das ist entscheidend, wie sie den Vertrag taufen, sondern welchen Inhalt sie ihm geben. Daß aber verständigerweise Urschuldner und Uebernehmer mit ihrer „Schuldübernahme" etwas Anderes als „interne Schuldübernahme" meinen könnten, muß ich ebenso bestreiten wie, daß die Mittheilung der Schuldübernahme an den Gläubiger anders aufzufassen sei denn als Vertrag zur Schuldübernahme nach § 414. So möchte ich denn die Behauptung wagen, daß, wenn die Praxis dem Parteiwillen gerecht zu werden verstehen wird, der § 415 ein todtgeborenes Kind sein wird.

4. Die Hypotheken-Uebernahme (B.G.B. § 416).

Ich habe bisher die Hypotheken-Uebernahme des § 415 unberücksichtigt gelassen und will im Folgenden ihr Verhältniß zur Schuldübernahme des § 415 in Kürze festzustellen suchen.

Das B.G.B. hält im Grundsatze daran fest, daß die Hypothek die dingliche Sicherung einer persönlichen Forderung ist [1]). Aber es entzieht sich doch nicht der Erkenntniß, daß für den modernen Geld- und Grundstücksverkehr das frühere Verhältniß zwischen Hypothek und persönlicher Schuld sich umgekehrt hat.

Wirthschaftlich wird heute regelmäßig nicht mehr jene als das Accessorium behandelt, diese als die Hauptschuld; sondern der Gläubiger legt das Hauptgewicht auf die Hypothek, während er die persönliche Schuld in den Hintergrund treten

1) B.G.B. § 1113; Denkschrift, S. 211.

läßt[1]). Juristischen Ausdruck findet diese Verkehrsanschauung im Gesetze[2]) unter anderem auch in den Bestimmungen über die Hypothekenübernahme.

Die Hypothek des gemeinen Rechts ist nicht nur accessorisch, sondern auch subsidiär, infolge des beneficium excussionis. Unter diesem Rechte hat es nichts Bedenkliches, wenn die persönliche Schuld auf einem anderen Vermögen als auf dem des Hypothekenschuldners lastet. Für das Recht des B.G.B. liegt die Sache anders. Hypothek und persönliche Schuld stehen solidarisch neben einander, und es ergiebt sich ein wirthschaftlich unerwünschter Zustand, wenn die eine Schuldpost in zwei verschiedenen Vermögen als Passivum auftritt. Und zwar muß der Verkehr, der die Hypothek als Hauptforderung behandelt und die persönliche Forderung nur als Begleiterin, naturgemäß danach streben, die persönliche Schuld auf das Vermögen zu übertragen, in dem sich das belastete Grundstück befindet.

So kommt es bei der Veräußerung eines hypothekenbelasteten Grundstückes zur Uebernahme der persönlichen Schuld durch den Erwerber. Zwar pflegen die Parteien nur zu sagen, daß die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen werde[3]). Da aber die Hypothek mit dem Grundstücke zusammen von Rechts wegen übergeht, so kommt dem Vertrage ein anderer Sinn zu, als der Name zu besagen scheint. Er enthält drei einander bedingende Abreden:

1) das Grundstück wird in dem gegenwärtigen Zustande

---

1) Denkschrift, S. 85.

2) Die Grundanschauung des Gesetzes tritt besonders deutlich hervor in § 1165: verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so wird regelmäßig auch der persönliche Schuldner frei.

3) Vergl. Regelsberger, Das bayerische Hypothekenrecht, § 93 S. 448.

der Belastung veräußert, ohne daß der Veräußerer verpflichtet ist, die Hypotheken abzulösen;

2) dafür wird ein entsprechender Abzug am Kaufpreise gemacht;

3) dafür nimmt der Erwerber es auf sich, den Veräußerer von der persönlichen Schuld zu befreien.

Wenn indes die Parteien diesen Vertrag, scheinbar unrichtig, Hypotheken-Uebernahme taufen, so darf doch auch hinter dieser Namengebung ein vernünftiger Sinn vermuthet werden, und zwar wird es der sein, daß den Parteien die persönliche Schuld durchaus als Zubehör der dinglichen, die Uebernahme der persönlichen Schuld als nothwendige Folge der Uebernahme des hypothekbelasteten Grundstückes erscheint.

Dieser Zusammenhang verleiht dann der sog. Hypotheken-Uebernahme ihre juristische Besonderheit. Sie ist allerdings auch keine Schuldübernahme im Sinne des § 415. Denn zunächst zielt auch sie nur darauf ab, die Schuld wirthschaftlich abzuwälzen auf das Vermögen des Uebernehmers, d. h. sie ist eine interne Schuldübernahme. Aber die Hypotheken-Uebernahme ist vor verwandten Fällen dadurch ausgezeichnet, daß bei ihr alles darauf drängt, die interne zur externen Schuldübernahme auszugestalten.

Zwar der Veräußerer ist in noch geringerem Maße als sonst der Urschuldner daran interessirt, daß der Uebernehmer in die Schuld eintrete, wenn er sie nicht durch Erfüllung alsbald tilgen will oder kann. Denn die Forderung des Veräußerers auf rechtzeitige Befreiung durch den Uebernehmer ist insofern dinglich gesichert, als nach § 1164 die Hypothek auf ihn übergeht, falls er aus der persönlichen Schuld in Anspruch genommen wird. Immerhin bietet auch ihm der Eintritt des Erwerbers in die persönliche Schuld noch erhebliche Vortheile, da § 1164 ihn ja nicht gegen eine Inanspruchnahme durch

den Gläubiger sichert, auch eine solche gerade dann erst an den persönlichen Schuldner herantreten wird, wenn die Hypothek für die Schuldpost nicht genügende Deckung gewährt.

Schärfer prägt sich die Besonderheit der Hypotheken-Uebernahme darin aus, daß sie auch den Uebernehmer veranlaßt, nach Vollzug einer externen Schuldübernahme zu streben. Während gewöhnlich für den Uebernehmer der Eintritt in die persönliche Schuld ein Mehr an Haftung bedeutet, gewährt sie dem Hypotheken-Uebernehmer eine Vereinfachung seiner Rechtslage. Denn er haftet aus der dinglichen Schuld mit dem Erwerbe des Grundstückes ohnehin dem Gläubiger, der Eintritt in die persönliche Schuld befreit ihn also nach der einen Seite, ohne ihn nach der anderen erheblich zu belasten.

Was endlich den Gläubiger betrifft, so ist sogar dieser regelmäßig daran interessirt, den Uebernehmer an die Stelle des Veräußerers zu bringen. Nicht nur insofern, als auch für ihn sich die Rechtslage dadurch vereinfachen würde. Ihn muß, da die Hypothek eine auf die Dauer berechnete Kapitalsanlage ist, der Wunsch leiten, eine Kündigung der Hypothek durch den Veräußerer zu vermeiden, zu der die Parteien nothwendig gedrängt werden, wenn ihnen nicht die externe Schuldübernahme ermöglicht wird.

Für solcherart von Urschuldner, Uebernehmer und Gläubiger zugleich erstrebte Schuldfolge steht den Parteien zunächst die allgemeine Form des § 414 offen. Dagegen ist für den Fall der Hypotheken-Uebernahme die Form des § 415 nicht nur durch ihre früher dargelegte Unbrauchbarkeit, sondern auch durch Rechtssatz ausdrücklich ausgeschlossen und dafür in § 416 ein neuer Weg geöffnet.

Die Bestimmung des § 416 lautet, soweit sie uns hier interessirt, folgendermaßen:

„Uebernimmt der Erwerber eines Grundstückes durch

Vertrag mit dem Veräußerer eine Schuld des Veräußerers, für die eine Hypothek an dem Grundstücke besteht, so kann der Gläubiger die Schuldübernahme nur genehmigen, wenn der Veräußerer sie ihm mittheilt. Sind seit dem Empfange der Mittheilung 6 Monate verstrichen, so gilt die Genehmigung als ertheilt, wenn nicht der Gläubiger sie dem Veräußerer gegenüber vorher verweigert hat; die Vorschrift des § 415 Abs. 2 Satz 2 findet keine Anwendung [1]).

Die Mittheilung des Veräußerers kann erst erfolgen, wenn der Erwerber als Eigenthümer im Grundbuch eingetragen ist."

Der Inhalt dieser Normen läßt sich auch so wiedergeben: Wer ein Grundstück mitsammt einer darauf lastenden Hypothek übernimmt, tritt mit der Auflassung des Grundstückes in die zur Hypothek gehörige persönliche Schuld ein, sofern nicht der Gläubiger binnen 6 Monaten Widerspruch erhebt. Die Frist zur Erhebung des Widerspruches beginnt zu laufen, wenn der Gläubiger von dem bisherigen Schuldner Mittheilung von dem erfolgten Uebergang der Schuld empfangen hat.

Freilich kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Auffassung, von der die Verfasser des Gesetzbuches ausgingen, eine durchaus andere ist als die hier vorgetragene. Sie faßten den § 416 lediglich als eine zu § 415 gehörige Sonderbestimmung, die Hypotheken-Uebernahme, als eine Unterart der zwischen Urschuldner und Uebernehmer „vereinbarten" externen Schuldübernahme, die Einwirkung des Gläubigers auf die Vertragsfolgen als „Genehmigung" oder Genehmigungsverweigerung auf. Das ergiebt sich aus der Fassung des § 416

1) § 415 Abs. 2 Satz 2 bestimmt: „Fordert der Schuldner ... den Gläubiger unter Bestimmung einer Frist zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Genehmigung nur bis zum Ablaufe der Frist erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert."

wie daraus, daß in ihm ausdrücklich auf § 415 verwiesen wird.

Ohne daß es der Gesetzgebungskommission zum Bewußtsein gelangt ist, haben sich aber die Bestimmungen des § 416 so weit von denen des § 415 entfernt, daß der Zusammenhang zerrissen ist.

Der Unterschied zwischen § 415 und § 416 tritt zunächst darin hervor, daß nach § 416 die Mittheilung der Uebernahme an den Gläubiger erst erfolgen kann, wenn der Erwerber eingetragener Eigenthümer geworden ist. Das soll doch wohl heißen, daß erst mit diesem Momente der Schuldübergang nach § 416 sich vollziehen kann[1]). Der Grund liegt darin, daß der Uebergang der persönlichen Schuld als natürliche Folge des Ueberganges der Hypothek vom Gesetzbuche gedacht ist. Auf den präsumtiven Parteiwillen haben die Verfasser den Rechtssatz schwerlich zurückgeführt, da sie sonst in den § 415 eine analoge Bestimmung hätten einfügen müssen.

Auf die Anschauung, daß persönliche und dingliche Schuld zusammengehören, gehen auch die weiteren Abweichungen des § 416 zurück, so die Bestimmung, daß die Hypotheken-Uebernahme nicht wie jede andere Schuldübernahme durch Mittheilung des Urschuldners oder des Uebernehmers zur Wirksamkeit nach außen gebracht werden kann, sondern nur durch eine vom Ersteren ausgehende Mittheilung. Die Denkschrift (S. 84) giebt als Grund an, „in den bezeichneten Fällen habe an erster Stelle der Veräußerer Anspruch darauf, über die künftige Rechtslage nicht in Ungewißheit zu bleiben“. Das dürfte doch wohl für jeden anderen Fall der Schuldübernahme ganz ebenso gelten. In Wahrheit ist die Bestimmung des § 416 darin begründet, daß

---

1) Die fragliche Bestimmung ist mehrdeutig; Planck (Kommentar zu § 416 Anm. 1 c, d) vertritt die oben gegebene Auslegung.

die Mittheilung der Hypotheken-Uebernahme an den Gläubiger nicht die Aufforderung enthält, zu genehmigen, sondern den Hinweis, daß er zur Meidung der Befreiung des Urschuldners binnen 6 Monaten Einspruch gegen den Schuldübergang zu erheben habe. Eine Erklärung, die derart eingreifende Wirkungen auf sein Recht ausübt, kann dem Gläubiger wohl der Schuldner zukommen lassen, wenn besondere rechtfertigende Gründe dafür vorliegen, was demnächst zu prüfen sein wird. Niemals aber kann einem Dritten gestattet werden, dem Gläubiger Vorschriften über sein Verhalten machen zu wollen.

Nicht, daß nur der Veräußerer dem Gläubiger die Mittheilung nach § 416 machen kann, ist also das Auffallende, sondern daß durch seine Mittheilung dem Gläubiger eine Frist gesetzt wird, deren Versäumung das Ausscheiden des Veräußerers aus der Schuld zur Folge hat, während nach § 415 die Genehmigung als verweigert gilt, wenn der Gläubiger schweigt. Hier tritt der Unterschied von § 415 und § 416, hier aber auch die wahre juristische Bedeutung des letztgenannten Paragraphen am deutlichsten hervor.

Nimmt man als richtig hin, daß § 416 nur eine Unterart der Schuldübernahme des § 415 regele, so würde jene Bestimmung des § 416 dem Schuldner das Recht geben, dem Gläubiger einseitig die Bedingungen vorzuschreiben, unter denen seine Schuld fortbestehen soll. Das wäre ein unerhörter Rechtssatz! In Wahrheit beschränkt indessen nicht der Urschuldner durch Mittheilung der Schuldübernahme das konkrete Gläubigerrecht, sondern § 416 enthält eine objektiv-rechtliche Einschränkung des Rechtes der Hypothekengläubiger in abstracto. Grundsätzlich wird von dem Gesetze die persönliche Schuld derart als Anhängsel der dinglichen behandelt, daß sie mit dieser auf den Grundstückserwerber übergeht; doch bleibt dem Gläubiger für den Ausnahmefall, daß er sich durch diesen

Schuldübergang geschädigt fühlen sollte, das Recht gewahrt, durch seinen Einspruch den früheren Schuldner in der Schuld zurückzuhalten und den neuen zurückzuweisen.

So erscheint auch den Parteien der Vorgang; der Eintritt des Uebernehmers ist ihnen die natürliche Folge des Erwerbes des hypothekbelasteten Grundstückes; sie fragen sich nicht, ob diese Wirkung eintreten, sondern nur etwa, ob sie nicht eintreten soll. Es ist also überflüssig und verwirrend, die Rechtssätze des § 416 auf eine fingirte Willenserklärung („die Genehmigung gilt als ertheilt") zurückzuführen.

5. Die bestärkende Schuldübernahme.

Ich habe schon gesagt, daß das Gesetzbuch die bestärkende (kumulative) Schuldübernahme nicht in dem Titel „Schuldübernahme" regelt, sie aber nichtsdestoweniger ermöglicht. In der Lehre von der Bürgschaft wird im § 773 I die Verbürgung als Selbstschuldner erwähnt. Das ist die bestärkende Schuldübernahme des Gesetzes. Es kann nur gebilligt werden, daß sie als Unterart der Bürgschaft behandelt wird; denn Verbürgung ist ihr praktischer Zweck.

Ein in der Theorie des gemeinen Rechtes fortgeerbter und von Auslegern des B.G.B. auch bereits übernommener[1]) Satz lautet: Die Schuldübernahme ist im Zweifel als Erfüllungsübernahme, die wirkliche Schuldübernahme im Zweifel als kumulative zu behandeln. Daß der Satz in seinem ersten Theile unrichtig ist, glaube ich bereits nachgewiesen zu haben. Mit dem zweiten Theile steht es nicht besser.

Giebt der Uebernehmer zu erkennen, daß er in die Schuld eintreten will, so soll das im Zweifel heißen, er wolle Gesammtschuldner neben dem Urschuldner werden. Warum?

1) Vergl. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 207, 211.

Weil damit dem Uebernehmer wie dem Gläubiger am wenigsten zugemuthet werde. In Wahrheit wird damit dem Uebernehmer viel zu viel zugemuthet. Nimmt Jemand eine fremde Schuld auf sich, so will er entweder sich verbürgen — dann wird er es schon deutlich genug sagen, da der Begriff der Bürgschaft durchaus geläufig ist — oder aber er will den Urschuldner befreien, dann würde der Eintritt einer kumulativen Haftung durchaus seinen Absichten zuwiderlaufen; er würde Schuldner, ohne für den Urschuldner etwas zu erreichen.

Die nachträgliche Begründung einer Gesammtschuld kann für den Uebernehmer nur in Ausnahmefällen einen Zweck haben, da sie nur dem Gläubiger Nutzen bringt. Und so kann also die Auslegungsregel nur lauten: Im Zweifel für befreiende Schuldübernahme.

Insbesondere geht es nicht an, das an den Schuldner gerichtete Versprechen der Befreiung — der Befreiungsübernahme oder „internen" Schuldübernahme — als Vertrag zu Gunsten des Gläubigers zu behandeln und den Uebernehmer daraus dem Gläubiger neben dem Urschuldner haften zu lassen. Die gemeinrechtliche Praxis zwar hat mehrfach eine derartige Auslegung versucht; ich glaube das aber auf den Umstand zurückführen zu müssen, daß man ein in Fällen des Vermögensüberganges auftretendes Bedürfniß, den Erwerber für die Schulden des Veräußerers haftbar zu machen, nur auf diese Weise zu befriedigen vermochte[1]).

Seit B.G.B. in § 419 eine gesetzliche Haftung des Vermögenserwerbers eingeführt hat, hat die Praxis keine Veranlassung mehr, sich auf einen angeblichen Parteiwillen zu berufen, um dem Gläubiger eine Klage gegen den Erwerber zu verschaffen. Wer dem Schuldner Befreiung verspricht, will

1) Näheres darüber bei v. Blume, S. 155 ff.

im Zweifel nicht dadurch dem Gläubiger haftbar werden, weil kein vernünftiger Grund für ihn vorliegt, diese Haftung anzustreben, und falls er wirklich als Gesammtschuldner neben den Urschuldner treten will, er keine Veranlassung hat, diese Haftung auf anderem Wege herbeiführen zu wollen als durch Vertrag mit dem Gläubiger.

Zweck einer bestärkenden Schuldübernahme ist — wie oben schon erwähnt worden ist — die Verbürgung als Selbstschuldner (B.G.B. § 773). In gewissen Fällen kann daneben den Uebernehmer auch die Absicht leiten, dadurch, daß er für die Schulden eines Anderen aufzukommen verspricht, dessen Kredit auf sich hinüberzuleiten.

Einen besonderen Fall dieser Art behandelt H.G.B. § 25: „Wird (von dem Erwerber eines Handelsgeschäftes) die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäftes für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Uebernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist.“

Diese Bestimmung läßt eine bestärkende Schuldübernahme durch einseitige Erklärung des Uebernehmers zu. Wer öffentlich bekannt macht, daß er ein Handelsgeschäft mit seinen Passiven übernommen habe, soll für diese Erklärung einstehen, denn sie kann nur den Zweck haben, ihm den Kredit des bisherigen Geschäftes zu verschaffen[1]). Wird die Firma fortgeführt, so tritt die Haftung sogar ex lege ein, ohne Rücksicht auf die Willenserklärung des Uebernehmers.

---

1) Das Nähere darüber bei Cosack, Handelsrecht, § 14 (IV. Aufl.).

III.

Zur Lehre vom Fruchterwerb des Pächters.

1. Die juristische Gestaltung des Fruchterwerbes.

Die Erzeugnisse (natürlichen Früchte) seiner Sache erwirbt der Eigenthümer mit ihrer Trennung von der Muttersache. So nach gemeinem Rechte, so auch nach dem B.G.B. (§ 953). Ob dabei das so erworbene Eigenthum an den Früchten als neuentstanden zu denken ist oder nur als Fortsetzung des Eigenthums an der Muttersache, mag hier dahingestellt bleiben. Die Verfasser des Gesetzbuches sind jedenfalls, wie die Fassung des § 953 zeigt, von der letzteren Vorstellung ausgegangen.

Dem Eigenthümer ist nach dem B.G.B. hinsichtlich des Fruchterwerbes gleichgestellt der gutgläubige Eigenbesitzer (§ 955 Abs. I), der Inhaber eines dinglichen Nutzungsrechtes (§ 954) und wer sich zum Zwecke der Ausübung eines solchen Rechtes im Besitze der Sache befindet (§ 955 Abs. II), d. h. der „Rechtsbesitzer" des gemeinen Rechtes. Die Stellung des Erstgenannten dieser drei Fruchtberechtigten ist nach gemeinem Rechte bekanntlich bestritten; die beiden letzten Kategorien erwerben gemeinrechtlich die Früchte erst mit der Besitzergreifung (Perception).

Von besonderer Wichtigkeit für das Rechtsleben ist die Frage, wie sich der Fruchterwerb derer gestaltet, die nur obligatorisch zum Fruchtbezuge berechtigt sind, wie vor allem der Pächter die von ihm gezogenen Früchte zu Eigenthum erwirbt.

Nach gemeinem Rechte bekommt bekanntlich der Pächter die Früchte erst dann zu Eigenthum, wenn er sich in ihren Besitz gesetzt hat, mit der „Perception". Das kann zweifellos für ihn mancherlei Nachtheile im Gefolge haben, und so ist es

denn mit Freude zu begrüßen, daß das B.G.B. dem Pächter das Eigenthum der Früchte schon mit der Trennung zufallen läßt. Das gilt allerdings nur für den Pächter, der sich im Besitze des Pachtgrundstückes befindet. Nicht der Pachtvertrag für sich, sondern der Pachtvertrag in Verbindung mit dem Besitze der fruchttragenden Sache ergiebt für den Pächter eine Rechtsstellung, die ihn schon mit der Trennung die Früchte erwerben läßt. Unverkennbar steht das in Zusammenhang mit § 571, wonach der Satz: „Kauf bricht nicht Miethe" nur solchen Miethern zu Gute kommt, die in den Besitz der Miethsache eingewiesen sind.

Die Bestimmungen des Gesetzbuches über den Fruchterwerb des Pächters und der anderen obligatorisch Berechtigten finden sich in den §§ 956 und 957.

Ihr Inhalt ist in Kurzem: wer sich die Aneignung der Erzeugnisse oder sonstigen Bestandtheile einer Sache hat gestatten lassen, erwirbt sie mit der Trennung, sofern er die Muttersache gutgläubig besitzt. Ist er nicht im Besitz der Muttersache, so erwirbt er Früchte oder Bestandtheile, sobald er gutgläubig in deren Besitz gelangt.

Doch kann die hier gegebene Auslegung des § 956 in zweifacher Hinsicht Bedenken erwecken:

1) Wenn § 956 bestimmt, daß der Pächter die Früchte mit ihrer Trennung erwirbt, wenn ihm der Besitz der Sache überlassen ist, so läßt das die Deutung zu, daß es nicht auf die Fortdauer des Besitzes zur Zeit der Trennung, sondern nur auf die Bestärkung des Pachtvertrages durch Uebergabe des Grundstückes ankomme. Diese Auslegung wird unterstützt durch § 571, der den Satz: „Kauf bricht nicht Miethe" gelten läßt „nach Ueberlassung des Grundstückes an

den Miether“ und allgemein so ausgelegt worden ist, daß er nur Uebergabe des Besitzes, nicht Fortdauer fordere [1]).

Indessen halte ich es für nothwendig, § 956 im entgegengesetzten Sinne auszulegen, und zwar aus folgenden Gründen:

Entwurf I forderte in § 901 Abs. 2 ausdrücklich die Fortdauer des Besitzes. Es ist kein Grund einzusehen, warum Entwurf II, der die Fassung des Gesetzes gebracht hat, eine Aenderung in der Sache hätte geben sollen. Dem nichtbesitzenden Pächter die Früchte mit der Trennung zu geben, fordert keinerlei praktisches Bedürfniß.

Eine Bestimmung solchen Inhaltes würde dagegen ganz aus dem Rahmen des Gesetzes herausfallen; denn sie würde den Pächter hinsichtlich des Fruchterwerbes den dinglich Berechtigten völlig gleichstellen, während — was im Folgenden noch näher ausgeführt werden wird — daran festgehalten werden muß, daß B.G.B. dem Miether und Pächter nur ein obligatorisches Recht giebt.

Der letzte Zweifel wird beseitigt durch einen Blick auf § 957. Durch den soll nämlich dem Pächter und sonstigen Inhaber eines obligatorischen Aneignungsrechtes gleichgestellt werden derjenige, der sich im guten Glauben an sein Nutzungsrecht befindet. Eine Prüfung des Zweckes der Bestimmung und ein Vergleich mit § 955, der vom Besitze in gutem Glauben an das Eigenthum oder ein dingliches Nutzungsrecht handelt, ergiebt mit Sicherheit, daß damit der Schutz des gutgläubigen Besitzers bezweckt wird. Trotzdem spricht auch hier das Gesetz nur von Ueberlassung, nicht von Fortdauer des Besitzes. § 957 bildet mit § 956 ein einheitliches Ganze, die Worte: „falls ihm der Besitz der Sache überlassen ist“

---

1) Vergl. Planck's Kommentar zum B.G.B., Anm. 2 zu § 571, Crome in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 37 S. 35 ff.

müssen daher in beiden Paragraphen in gleichem Sinne ausgelegt werden, d. h. in dem Sinne, daß Fortdauer des Besitzes zur Zeit der Trennung der Früchte verlangt wird. Uebrigens läßt sich die ungenaue Fassung des Gesetzes als unbewußte Reminiscenz an § 571 wohl erklären.

2) Das zweite Bedenken gegen meine Auffassung des § 956 ist soeben schon gestreift worden: Wer das Recht des Miethers und Pächters nach dem B.G.B. für ein dingliches Recht an der Sache hält, wird die §§ 954 und 955 Abs. 2 auf den Fruchterwerb des Pächters anwenden müssen.

Indessen fasse ich, wie schon gesagt, das Recht des Miethers und Pächters anders auf.

Zunächst würde, wenn es durch § 954 getroffen werden sollte, § 956 ganz unverständlich sein; er hat nur vernünftigen Sinn, wenn er in erster Linie auf den Pächter gemünzt ist. Ist doch zeitweilige Gestattung des Besitzes einer Sache zum Zwecke des Fruchtgenusses gerade der charakteristische Inhalt des Pachtvertrages. Und nur der Verpächter giebt den Besitz seines Grundstückes aus der Hand, um einem Anderen zu ermöglichen, Früchte davon zu erwerben; denn nur, wo Fruchtziehung, nicht, wo bloße Aneignung der Früchte gestattet werden soll, hat es einen Zweck, den Besitz der Muttersache, des Grundstückes, dem Erwerber der Früchte zu überlassen.

Das Gesetzbuch hat also an dieser Stelle das Recht des Pächters jedenfalls nicht als Recht an der Sache behandelt. Ueberhaupt aber halte ich die Meinung, daß das B.G.B. dem Miether und Pächter ein dingliches Recht in dem landläufigen Sinne gegeben habe, mit Crome[1]) für eine Legende, die bei eingehenderem Studium des B.G.B. bald verschwinden

1) Crome, Die juristische Natur der Miethe nach dem deutschen B.G.B., in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 37 S. 1 ff.

wird. Der Mühe, diese Ansicht zu begründen, entheben mich Crome's treffende Darlegungen.

Im Großen und Ganzen ist es zwar gleichgültig, ob man den Fruchterwerb des Pächters aus § 954 oder aus § 956 ableitet. Aber es bestehen doch Unterschiede zwischen der Stellung, die der Nießbraucher und derjenigen, die der Pächter zu den Früchten des Grundstückes hat. Nicht der einzige ist der, daß der Pächter, um schon mit der Trennung die Früchte zu erwerben, sich im Besitze des Grundstückes befinden muß, was für den Nießbraucher nicht gilt. Es besteht auch ein Unterschied hinsichtlich des Umfanges des Fruchterwerbes. Denn der Nießbraucher erwirbt nach § 1039 das Eigenthum an allen Früchten der Sache, auch an solchen, die er unter Ueberschreitung seines Rechtes entgegen den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirthschaft zieht. Für den Pächter aber ergiebt § 956, daß er die Früchte nur in den Grenzen des Pachtvertrages zu Eigenthum erhält, d. h. nach § 581: „soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft als Ertrag anzusehen sind."

Da nach dem B.G.B. der besitzende Pächter mit der Trennung, der nichtbesitzende aber erst mit der Besitzergreifung die Früchte erwirbt, so werden auch bei der Konstruktion des Fruchterwerbes die beiden Fälle zu unterscheiden sein.

Den Fruchterwerb des besitzenden Pächters zu konstruiren, ist nicht eben leicht. Und zwar vor allem deshalb, weil das Gesetzbuch von dem sog. Substantialprinzip ausgehend als Regelsatz hinstellt, daß das Eigenthum der Muttersache sich an den Früchten fortsetzt. Dazu wollen dann die Rechtssätze über den Fruchterwerb des gutgläubigen Eigenbesitzers, des Nießbrauchers, des gutgläubigen Nutzbesitzers, des besitzenden Pächters nicht passen und es nöthigt sich der Gedanke auf, ob der

Fruchterwerb nicht richtiger auf den Besitz als auf das Eigenthum der Muttersache zurückzuführen sei.

Es ist versucht worden, den Erwerb von beweglichen Sachen durch Uebertragung auf Grund des Gesetzbuches originär zu konstruiren, unter der Begründung, daß der Erwerber stets schon auf seinen guten Glauben zum Eigenthümer werde, und zwar originär, da ihm unbekannte Rechte dritter untergehen [1]). Ich habe dagegen zwar Bedenken, die ich weiter unten noch berühren werde. Aber bei der Konstruktion des Fruchterwerbes scheint es mir allerdings das einzig Richtige, den Erwerb des gutgläubigen Besitzers zum Ausgangspunkt zu nehmen und als obersten Grundsatz des Gesetzbuches festzustellen: „Die Früchte, die aus einem Grundstücke gewonnen werden, fallen mit der Trennung dem unmittelbaren Besitzer zu, der sich in der Ausübung eines dinglichen oder persönlichen Nutzungsrechtes befindet, sofern ihm nicht im Augenblick der Trennung der gute Glaube mangelt".

Nur so findet der Gedanke, auf dem die Bestimmungen über den Fruchterwerb durch Trennung beruhen, die gebührende Würdigung: wer in gutem Glauben Früchte zieht, soll sie auch ernten — pro cultura et cura (§ 35 J. II, 1). Der Fruchterwerb schließt sich im Gesetz nicht nur äußerlich, sondern auch seiner inneren Begründung nach eng an den Erwerb durch Verarbeitung an. Wenn das Gesetz nicht geradezu mit dem deutschen Recht gesagt hat: „wer säet, der mähet", so ist das auf naheliegende Zweckmäßigkeitserwägungen zurückzuführen.

Damit ist für alle Fälle des Fruchterwerbes ein einheitlicher Grundsatz gewonnen und macht auch die juristische Konstruktion des Fruchterwerbes des besitzenden Pächters keine

---

1) Vergl. Lehmann bei Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht II, 1 S. 79.

Schwierigkeiten mehr. Da der Pächter das Eigenthum der Früchte erhält, weil er im guten Glauben an sein Nutzungsrecht sich im Besitze des Grundstückes befindet, so erwirbt er originär und nicht derivativ.

Dagegen würde es eine harte Aufgabe sein, wenn man unter Verkennung des inneren Zusammenhanges der §§ 954—957 den Fruchterwerb des Pächters allein auf Grund des § 956 konstruiren und § 957 als durch den Schutz des gutgläubigen Erwerbes bedingtes Anhängsel behandeln wollte [1]). Die Motive zu den §§ 901, 902 des ersten Entwurfes [2]) haben allerdings den Versuch zu einer solchen Konstruktion gemacht. Der Entwurf I kannte eine dem § 957 entsprechende Bestimmung noch nicht, da er dem Pächter überhaupt keinen Besitz zusprach; infolgedessen blieb in dem Entwurfe der Grund, auf dem der Fruchterwerb des Pächters aufgebaut werden mußte, dem Gesetzgeber selbst verborgen, und waren die Motive genöthigt, einen dinglichen Vertrag zwischen dem Eigenthümer oder gutgläubigen Besitzer des Grundstückes und dem Pächter anzunehmen. Aber wie sieht dieser Vertrag aus! Verpächter und Pächter erwerben beide mit der Trennung. Der erstere originär, der zweite dagegen, indem sich im Augenblicke der Trennung ein Traditionsvertrag vollzieht, den der Eigenthümer oder Besitzer im Pachtvertrage offerirt und der Pächter „durch Fortsetzung der Innehabung zur Zeit der Trennung stillschweigend angenommen hat". So viel Gedanken, so viel Fiktionen! Ich meine, wer das Resultat dieses Konstruktions-

1) Vergl. Lehmann, a. a. O. § 25 S. 91. L. will dem Pächter ein dingliches Fruchtziehungsrecht auf Grund von § 956 geben. Das halte ich schon deshalb für unmöglich, weil dieses dingliche Recht dem Pächter mit dem Besitze des Grundstückes wieder verloren gehen müßte.

2) Motive III, S. 368.

versuches kennt, müßte für alle Zeit von dem Wunsche geheilt sein, den Fruchterwerb des Pächters auf Grund des B.G.B. als derivativ zu behandeln.

Anders als für den besitzenden Pächter gestaltet sich der Fruchterwerb des Pächters dann, wenn er sich nicht im Besitze des Pachtgrundstückes befindet. Er steht in solchem Falle dem Käufer gleich, der vom Verkäufer angewiesen ist, sich selbst in den Besitz der gekauften Früchte zu setzen.

Befindet sich derjenige, dem die Früchte bestimmt sind, nicht zu Fruchtziehungszwecken im gutgläubigen Besitze der Muttersache, so fehlt ihm die Rechtsposition, auf der der Erwerb durch Trennung beruht. Stets ist aber Jemand da, der kraft seiner Rechtsbeziehung zur Muttersache mit der Trennung die Früchte erwirbt. Und zwar ist das regelmäßig eben der gutgläubige fruchtziehende Besitzer, nur ausnahmsweise, wenn der Besitz in bösgläubigen Händen ist, der nicht besitzende Eigenthümer oder der ihn ausschließende Inhaber eines dinglichen Nutzungsrechtes. Wer nicht im Besitze der Muttersache ist, kann also die Früchte regelmäßig nur von ihrem Eigenthümer erwerben, derivativ. Für den Pächter, der noch nicht in den Besitz des Pachtgrundstückes gesetzt oder der daraus vertrieben ist, gilt das schlechthin, da er auch dann, wenn der Besitzer bösgläubig ist, keinen Rechtstitel zum Erwerb durch Trennung hat.

Allerdings können unter Umständen Früchte auch nach ihrer Trennung von der Muttersache noch originär erworben werden. Dann nämlich, wenn der Erwerber sie im guten Glauben an seinen derivativen Erwerbstitel in Besitz genommen hat, mangels Eigenthums seines Vormannes aber nicht derivativ erwerben kann (§§ 932, 957). Der gute Glaube ersetzt das Recht und bringt einen Erwerb zu Stande, der aus

Elementen der derivativen und der originären Erwerbsakte eigenartig zusammengesetzt ist, wobei die letzteren vorwiegen.

Es geben sich aber die Rechtssätze über den Eigenthumserwerb durch gutgläubige Besitzergreifung nur als eine durch die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit gebotene Ergänzung der Normen über die Eigenthumsübertragung, als von Zweckmäßigkeitserwägungen diktirte Ausnahmebestimmung. Wohingegen der Fruchterwerb des gutgläubigen Eigen- oder Nutzbesitzers seine Rechtfertigung in sich selbst trägt und die ihn betreffenden Sätze, wie ich eben ausgeführt habe, durchaus als die grundsätzliche Regelung des Fruchterwerbes betrachtet werden müssen.

Während also bei der Konstruktion des Fruchterwerbes des besitzenden Pächters auszugehen war vom gutgläubigen Besitz, ist hier, wo es sich um den nichtbesitzenden Pächter handelt, ein anderer Weg einzuschlagen: als typischer Fall ist anzunehmen, daß der Pächter vom Eigenthümer gepachtet hat.

Ist der Eigenthümer im unmittelbaren Besitze des Grundstückes oder besitzt zwar ein Anderer, aber bösgläubig, so fallen regelmäßig dem Eigenthümer auch die Früchte mit der Trennung zu.

Wer sie von ihm erwerben will, kann das auf Grund des § 929, d. h. durch Tradition erreichen. Ein Eigenthumsübergang nach § 929 wird unbedenklich auch dann anzunehmen sein, wenn der Erwerber auf Anweisung des Eigenthümers sich selbst in den Besitz der schon vom Eigenthümer percipirten Früchte, z. B. des geschlagenen Holzes, setzt. Der Erwerb gestaltet sich aber eigenartig, wenn der Erwerber sich nicht nur selbst den Besitz der Früchte verschaffen, sondern sie

auch erst vom Boden trennen soll. Hier fehlt es an einer Uebergabe der Sache, und es bedurfte also einer besondern gesetzlichen Regelung, die in § 956 gegeben ist.

Wer, ohne in Besitz der Muttersache zu sein, Früchte erwerben soll, die ihr Eigenthümer noch nicht percipirt hat, der erhält das Eigenthum an ihnen, indem er sie mit Gestattung des Eigenthümers in Besitz nimmt.

Wird dem Pächter der Besitz des Pachtgrundstückes vom Verpächter vorenthalten, so ist er nicht im Stande, sich ohne Eigenmacht in den Besitz der ihm gebührenden Früchte zu setzen. Er kann sich aber diese Möglichkeit eröffnen, indem er sich gewaltsam oder im Wege Rechtens den Besitz des Grundstückes verschafft. Dann erwirbt er die während der Pachtzeit getrennten und noch auf dem Grundstücke vorhandenen Früchte, indem er sie ergreift.

Möglicherweise kommen aber auch Früchte, die dem Pächter gebühren, dem Besitzer abhanden und werden vom Pächter in Besitz genommen. Auch an ihnen erwirbt er damit Eigenthum nach § 956. Endlich ist nicht ausgeschlossen, daß der vom Eigenthümer rechtswidrig nicht eingewiesene oder vertriebene Pächter sich gewaltsam in den Besitz der ihm zukommenden Früchte setzt, ohne den Besitzer aus dem Grundstücke selbst zu vertreiben. Hier kann ihm das Eigenthum nur zusprechen, wer den Ausführungen des folgenden Abschnitts zustimmt.

Selbstverständliche Voraussetzung für den Fruchterwerb des Pächters ist in allen diesen Fällen, daß der Verpächter nicht nur Eigenthümer der Früchte geworden, sondern auch bis zu dem Augenblicke geblieben ist, wo der Pächter sie in Besitz nimmt. Nur, wenn der Pächter sich auf seinen *guten* Glauben bei der Besitzergreifung zu berufen in der Lage ist, kann, wie bemerkt wurde, dieser Mangel nichts schaden. Stets vollzieht sich der Eigenthumserwerb des Pächters, wenn er

zur Zeit der Trennung der Früchte nicht im Besitze war, erst mit der Ergreifung des Besitzes der Früchte, eine Rückziehung findet nicht statt.

Neben den schon erwähnten Hindernissen, die sich dem Fruchterwerbe des nichtbesitzenden Pächters entgegenstellen, scheint sich schließlich aus § 956 noch ein anderes ergeben zu können.

Es wird nämlich dort bestimmt:

„Ist der Eigenthümer zu der Gestattung verpflichtet, so kann er sie nicht widerrufen, solange sich der Andere in dem ihm überlassenen Besitze der Sache befindet."

Kraft argumentum a contrario ergiebt sich daraus scheinbar unanfechtbar: Ist der Pächter nicht in dem ihm überlassenen Besitze des Pachtgrundstückes, so kann der Verpächter die Gestattung widerrufen und damit den Fruchterwerb des Pächters hindern. Ob das richtig ist, soll im Folgenden untersucht werden.

2. Kann der Verpächter den Fruchterwerb des Pächters durch Widerruf der Gestattung hindern, wenn der Pächter nicht im Besitze des Pachtgrundstückes ist?

Die Bestimmung, daß der Verpächter, wenn er dem Pächter den Besitz des Grundstückes überlassen habe, die Gestattung des Fruchterwerbes nicht mehr widerrufen könne, ist gedacht als eine Verbesserung des gemeinen Rechtes. Indessen stehen wir vor der überraschenden Thatsache, daß der Satz, zu dem § 956 nach Meinung des Gesetzgebers einen Gegensatz bilden soll, im gemeinen Rechte gar nicht existirt. Woraus sich denn allerdings für den Ausleger des Gesetzbuches eine schwierige Lage ergiebt.

Meine Behauptung, daß nach gemeinem Rechte Frucht-

erwerb des Pächters unabhängig sei von dem Verhalten des Verpächters, steht allerdings in schroffem Widerspruch zu der gemeinrechtliche herrschenden Lehre. So bedarf es also, um für die Auslegung des § 956 eine sichere Grundlage zu gewinnen, einer eingehenden Prüfung des gemeinen Rechtes.

Die gemeinrechtliche Doktrin stellt den Satz auf: Der Fruchterwerb des Pächters ist durch die fortdauernde Einwilligung des Grundeigenthümers bedingt, wird also durch deren Widerruf vereitelt [1]). Der Gedankengang ist dabei in kurzem der folgende: Der Pächter erhält durch den Pachtvertrag ein obligatorisches Recht auf Erwerb der Früchte. Dieser Erwerb vollzieht sich, indem der Pächter mit Einwilligung des Grundeigenthümers die Früchte in Besitz nimmt — ein Vorgang, der, wenn nicht einfach Tradition, so doch traditionsähnlich ist. Die zum Erwerbe erforderliche Einwilligung wird zwar durch den Pachtvertrag gegeben, muß aber, um dingliche Wirkung haben zu können, zur Zeit der Inbesitznahme der Früchte noch vorhanden sein. Widerruft der Verpächter widerrechtlich seine Einwilligung, so mag der Pächter sehen, wie er zu dem Seinigen kommt — es geht ihm nicht besser und nicht schlechter, als etwa einem Käufer, dem der Verkäufer die

1) Vergl. die Hand- und Lehrbücher von Windscheid, Bd. 1, § 186 Anm. 6; Dernburg, Bd. 1 § 205 Anm. 8; Brinz, Bd. 1, § 145; Sintenis, Bd. 1 § 49; Baron, § 148; Wendt, § 130, Anm. 2. Ferner v. Savigny, Das Recht des Besitzes, § 22; Koeppen, Der Fruchterwerb des bonae-fidei-possessor, S. 22; Exner, Die Lehre von der Tradition, S. 19 ff.; Goeppert, Die organischen Erzeugnisse, S. 268 ff.; Ziebarth, Die Realexekution und die Obligation, S. 45; Czyhlarz in Glück's Kommentar, Serie der Bücher 41 und 42 Theil 1 S. 459 ff. Eine abweichende Meinung vertritt, soviel ich habe feststellen können, nur Bremer in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, N. F. Bd. 20 S. 62; zweifelnd Schirmer in der XII. Aufl. von Puchta's Pandekten, § 150 Anm. b.

Tradition der verkauften Sache verweigert. — So die Begründung, die in der Erörterung unserer Frage in den mannigfachsten Wendungen wiederkehrt. Ich will als Belege dafür zwei Aeußerungen anfügen, die besonders charakteristisch sind und mit deren Argumenten ich mich später noch eingehend beschäftigen werde.

Bei Goeppert[1]) heißt es: „Die Erklärung der Einwilligung in die künftige Perception, welche in dem Veräußerungs- oder Pachtvertrage enthalten ist, liegt freilich vielleicht Jahre lang vor dem Gebrauch der gegebenen Erlaubniß; aber sie ist es auch nicht eigentlich, welche hier wirkt, sondern die Permanenz des Konsenses, welche in der passiven Gestattung des fructus percipere sich darstellt ... Ebendarum fällt auch die Wirksamkeit der dennoch vorgenommenen Perception hinweg, wenn der Sacheigenthümer, gleichviel ob vertragsbrüchig, seine Einwilligung versagt."

Czyhlarz zieht sogar noch weitere Konsequenzen der von ihm angenommenen Lehre, indem er (S. 60) Folgendes schreibt: „Die voluntas domini, welche die Basis des Fruchterwerbes durch den Pächter bildet, ist im Pachtvertrag ausgesprochen und muß daraufhin so lange als fortwirkend angenommen werden, als sie nicht zurückgenommen ist, was ausdrücklich oder stillschweigend geschehen kann, oder als nicht der Wille des dominus überhaupt durch Tod oder spätere Handlungsunfähigkeit erloschen, bezw. bedeutungslos geworden ist."

Entspricht diese Lehre wirklich dem römischen und dem gemeinen Rechte? Wäre es wahr, so müßte man die Rechtssätze über den Fruchterwerb des Pächters ein trauriges Denkmal

1) a. a. O. (S. 268). Die in diesem und dem folgenden Citat hervorgehobenen Worte sind im Originale nicht gesperrt.

römischen Kapitalistengeistes nennen und ein nicht minder trauriges Denkmal unserer eigenen langjährigen Unfähigkeit, diesen Geist zu überwinden. Man hat sich zwar daran gewöhnt, im römischen Rechte den Miether und Pächter auf alle Weise dem mächtigen Grundeigenthümer gegenüber benachtheiligt zu sehen. Aber die Meinung, daß die Römer kein Mittel gewußt hätten, um zu verhindern, daß der Grundeigenthümer den Pächter der sauer verdienten Früchte beraubt — diese Meinung geht denn doch über alles hinaus, was man an harten Bestimmungen in dem römischen Pacht- und Miethrecht mit oder ohne Grund gefunden hat.

Es klingt zwar recht einleuchtend, daß, wenn der Pächter durch das vertragswidrige Verbot des Verpächters am Erwerb der Früchte gehindert werden kann, er darum nicht schlechter stehe als ein Käufer, dem der Verkäufer die Tradition verweigert. Für beide ist eben die Schwäche ihrer Position dadurch bedingt, daß sie nur obligatorisch berechtigt sind. Wer aber diesen Schluß zieht, der übersieht, daß der Käufer sich durch Rückbehaltung des Kaufgeldes gegen Vermögenseinbuße sichern kann, während der Pächter die Früchte seiner Arbeit dem Verpächter schutzlos preisgegeben sieht. Der berücksichtigt ferner nicht, daß es sich für den Pächter um Früchte saurer Arbeit, für den Käufer nur um die Früchte einer Spekulation handelt. Und wer da meint, daß das römische Recht sich solchen Erwägungen verschlossen habe, der vergißt, daß Justinian's Institutionen den Eigenthumserwerb durch Spezifikation (§ 25 I. de rer. div. 2, 1) und den Fruchterwerb des bonae-fidei-possessor (§ 35 I. eodem) gleichmäßig auf das gute Recht der Arbeit zurückführen.

Daß der Verpächter den Pächter um die Früchte bringen kann, ist noch nicht einmal die schlimmste praktische Folge der von mir angezweifelten gemeinrechtlichen Lehre. Denn der

Pächter mag schließlich sehen, von wem er pachtet. Schlimmer ist es schon, daß auch dritte Personen aufs schwerste geschädigt werden können. Hat z. B. der Pächter afterverpachtet und erfährt der Afterpächter nicht rechtzeitig, daß der Grundeigenthümer vertragsbrüchig geworden ist, so gehen auch ihm die erarbeiteten Früchte verloren.

Unerträglich aber sind die weiteren Konsequenzen, die sich für den Pächter und seine Nachmänner aus der herrschenden Lehre ergeben.

Es kommt ihr zufolge für den Fruchterwerb des Pächters alles darauf an, daß im Augenblicke der Perception die Einwilligung des Grundeigenthümers vorhanden ist. Gesetzt nun den Fall, der verböte dem Pächter die Aberntung der Früchte: was hätte der Pächter zu thun? Antwort: auf Ertheilung der Einwilligung zu klagen, um dadurch entweder diese oder ein Gerichtsurtheil zu erlangen, welches an die Stelle der Einwilligung tritt. Hätte er denn aber davon wirklichen Nutzen? Schwerlich; denn entschlösse sich etwa der Verpächter, einzuwilligen, so könnte er immer noch widerrufen, und willigte er nicht ein, so könnte das die Einwilligung aussprechende Urtheil des Gerichtes nicht mehr Wirkung ausüben als die Willenserklärung, die es ersetzen soll. Die voluntas domini hat ja doch nur dingliche Kraft, wenn sie im Augenblicke der Perception vorhanden ist! Es bliebe also dem Gerichte nichts anderes übrig, als dem Grundeigenthümer bei Strafe zu verbieten, daß er seine Einwilligung widerrufe — gegenüber einem vom Konkurse bedrohten Grundeigenthümer ein zweifelhaftes Mittel. Es muß aber gefragt werden, ob der Pächter überhaupt vor der Perception schon auf Ertheilung der Einwilligung klagen kann, da doch eine Rechtsverletzung auf Seiten des Verpächters nur vorliegt, wenn er im Augenblicke der Perception seine Einwilligung vorenthält. Ist dem so, so hat das

Recht kein Mittel, den Grundeigenthümer daran zu verhindern, daß er sich vertragswidrig zum Eigenthümer der Früchte macht. Will man diese Konsequenz der herrschenden Lehre mit hinnehmen?

Der Fruchterwerb des Pächters hängt davon ab, daß er im Augenblick der Perception die voluntas domini für sich hat. Daraus folgt denn endlich, daß auch dann dem Pächter der Erwerb der mit seinem Gelde und seiner Arbeit gezogenen Früchte vereitelt wird, wenn der Grundeigenthümer stirbt oder im Augenblicke der Perception willensunfähig ist. Stirbt der Verpächter oder wird er geisteskrank, so ist seine Einwilligung wirkungslos geworden, und kann der Pächter das Eigenthum der von ihm gezogenen Früchte nur erwerben, wenn er die Einwilligung des neuen Eigenthümers oder der Vormundschaft erlangt hat. Und wiederum nicht nur der Pächter, sondern auch der Afterpächter und der Käufer der Früchte auf dem Halm. Aber damit nicht genug: ist im Augenblicke der Perception durch den Pächter oder Käufer der Eigenthümer sinnlos betrunken, so geht abermals kein Eigenthum über, denn es fehlt ja der Eigenthumübertragungswille!

Allerdings ist diese letzte Folgerung bisher noch nicht gezogen worden. Und anzuerkennen, daß Tod oder eintretende Geisteskrankheit des Verpächters die im Pachtvertrage ausgesprochene Einwilligung unwirksam mache, hat von den Verfechtern der herrschendeu Lehre, so viel ich sehe, nur Czyhlarz den Muth gehabt. Aber ich vermag nicht zu sehen, wie man vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus um dies Ergebniß herumkommen will.

Daß die römischen Juristen einen Rechtssatz anerkannt hätten, der solche praktischen Ergebnisse liefert, sollte man nur dann anzunehmen sich entschließen, wenn zwingende Gründe dafür vorlägen. Prüfen wir daraufhin die Schriften der Gegner.

Zum Beweise der herrschenden Ansicht werden herkömmlich eine Anzahl von Quellenstellen herangezogen. Es muß aber von vornherein auffallen, daß sie allesammt besten Falls nur die eine Behauptung beweisen können, daß der Grundeigenthümer durch Verbot des Erntens den Fruchterwerb des Pächters unmöglich machen könne. Nicht eine Quellenstelle hat man dafür beibringen können, daß Tod und Geisteskrankheit dieselbe Wirkung haben [1]). Czyhlarz meint, der Fall der Zurücknahme des Willens sei eben der markantere. Ich kann das nicht finden. Sicher ist er der seltenere, da doch vertragswidriges Verhalten des Verpächters nicht die Regel bildet und andererseits auch Verpächter sterblich sind. Die unerfreulichen Wirkungen, die der Tod des Verpächters für den Erwerb des Pächters haben soll, mußten sich den Römern oft genug aufdrängen. Oder sollten sie sie als selbstverständlich hingenommen haben, wie das unsere herrschende Lehre zu thun geneigt ist? Warum haben sie dann immer wieder die Frage erörtert, welchen Einfluß der Tod des Mandanten auf das Mandatsverhältniß haben müsse und könne, ohne die aequitas allzu sehr zu verletzen?

In Wahrheit ist nun nicht einmal die Behauptung, daß der Verpächter trotz des Pachtvertrages seinen Uebertragungswillen ändern könne, quellenmäßig zu belegen. Die angeblichen Beweisstellen versagen bei näherem Zusehen.

Drei von ihnen, nämlich die l. 62 § 8 de furtis 47, 2, l. 16 pr. de praescriptis verbis 19, 5, l. 4 § 1 de reb. cred. 12, 1 sind gänzlich harmlos. Denn sie sagen weiter nichts, als daß der Pächter „ex voluntate domini“ Eigenthümer werde. Daß aber diese voluntas jederzeit frei widerrufen werden könne, ist in den Stellen mit keinem Worte

1) Czyhlarz, S. 461 Anm. 25.

gesagt, man müßte denn annehmen, daß voluntas den römischen Juristen nicht die Willenserklärung, sondern allein der innere Willensvorgang gewesen sei, eine Ansicht, die der Widerlegung nicht werth wäre.

Es genügt also, daß ich die Stellen hierher setze:

L. 62 § 8 D. de furtis 47, 2: Africanus libro octavo quaestionum. Locavi tibi fundum, et (ut adsolet) convenit, uti fructus ob mercedem pignori essent. si eos clam deportaveris, furti tecum agere posse aiebat. sed et si tu alii fructus pendentes vendideris et emptor eos deportaverit, consequens erit, ut in furtivam causam eos incidere dicamus. etenim fructus quamdiu solo cohaereant, fundi esse et ideo colonum, quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere.

L. 16 pr. D. de praescriptis verbis 19, 5: Pomponius libro vicesimo secundo ad Sabinum. Permisisti mihi cretam eximere de agro tuo ita, ut eum locum, unde exemissen, replerem: exemi nec repleo: quaesitum est, quam habeas actionem, sed certum est civilem actionem incerti competere: si autem vendidisti cretam, ex vendito ages. quod si post exemptionem cretae replevero nec patieris me cretam tollere tu, agam ad exhibendum, quia mea facta sit, cum voluntate tua exempta sit.

L. 4 § 1 D. de rebus creditis 12, 1: Ulpianus libro trigensimo quarto ad Sabinum. Res pignori data pecunia soluta condici potest. et fructus ex injusta causa percepti condicendi sunt: nam et si colonus post lustrum completum fructus perceperit, condici eos constat ita demum, si non ex voluntate domini percepti sunt: nam si ex voluntate, procul dubio cessat condictio.

Nur zu der letzteren Stelle ist eine Bemerkung von Nöthen. Der Thatbestand ist dort der, daß der Colon den Miethsvertrag bewußt überschritten, also „ex injusta causa“ geerntet hat. Daß er in solchem Falle nicht Eigenthum erwerben kann, ist ohne weiteres klar, wenn es sich auch aus der Stelle nicht einmal entnehmen läßt, da sie dem Grundeigenthümer nur Kondiktionsrecht zuspricht. Hat andererseits der Colon vom Eigenthümer die Erlaubniß zur Ueberschreitung des Pachtvertrages erhalten, so erntet er „voluntate domini“ und wird Eigenthümer der Früchte. Weiter ist aus der Stelle beim besten Willen nichts herauszulesen.

Bedenklicher erscheinen auf den ersten Blick die beiden letzten Stützen der herrschenden Meinung: l. 16 § 1 de praeceptis verbis 19, 5 und l. 6 pr. de donationibus 39, 5, von denen insbesondere die zweite für die gesammte Traditionslehre geradezu grundlegend geworden ist. Indessen ist bei Auslegung der Stellen Folgendes zu berücksichtigen: Der Fruchterwerb des Pächters ist nicht nur abhängig davon, daß der Eigenthümer in den Eigenthumsübergang einwilligt, sondern auch davon, daß der besitzende Eigenthümer die Perception zuläßt. Hat der Eigenthümer sich gebunden, so kann der Besitzer noch immer den Eigenthumsübergang unmöglich machen. Und davon reden die citirten Stellen. In beiden wird gesagt, daß der Eigenthümer die fremde Besitzhandlung (das tollere fructus, eximere lapidem) nicht dulde (non patitur, prohibet). Das kann nicht nur, sondern es muß auf das Verhalten des Eigenthümers beim zweiten Akte der Eigenthumsübertragung, der Besitzergreifung, bezogen werden. Aber auch schon die bloße Möglichkeit, daß die Stellen so aufgefaßt werden können, muß genügen, um sie ihrer Beweiskraft für die herrschende Lehre zu entkleiden.

Die l. 16 § 1 cit. setze ich demnach ohne weiteren Kommentar hierher:

Pomponius libro XXII ad Sabinum: „Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. nullam juris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat deliberare posse: sed erit de dolo.“

Mit dieser Stelle stimmt im Inhalt eine, sonst nicht berücksichtigte, Aeußerung Ulpian's in l. 34 D. de dolo 4, 3 durchaus überein und bedarf also keiner eingehenderen Erörterung. Dagegen muß die folgende Stelle noch genauer betrachtet werden:

L. 6 de donationibus 39, 5: Ulpianus libro XXXXII ad Sabinum. „Qui saxum mihi de suo eximere permisit donationis causa, statim cum lapis exemptus est meus fit, neque prohibendo me evehere efficit, ut meus esse desinat, quia quodammodo traditione meus factus est: plane si mercennarius meus exemit, mihi exemit. sed si is qui a me emerat, sive mercede conduxerat, ut paterer eum sibi jure eximere, si antequam eximat, me paenituerit, meus lapis durat, si postea, ipsius factum avocare non possum: quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate. quod in saxo est, idem erit etiam, si in arbore caesa vel adempta acciderit.

Ulpian sagt hier: Habe ich schenkungsweise oder in einem Kauf- oder einem Miethsvertrage die Erlaubniß erhalten, in einem fremden Steinbruche einen Stein zu brechen, so wird der Stein mit dem Augenblick, wo er von mir oder meinem Beauftragten gebrochen worden ist, mein Eigenthum „quasi traditione facta“. Den einmal vollzogenen Eigenthumsübergang kann der bisherige Eigenthümer nicht wieder rückgängig machen. Wenn dagegen die ertheilte Erlaubniß ihn paenituerit

vor der vollzogenen Perception, so bleibt der Stein sein Eigenthum.

Die entscheidende Frage ist hier: welcher Vorgang wird von Ulpian durch die Worte „me paenituerit" beschrieben? Daß es sich nicht um den inneren Vorgang des Reuempfindens handeln kann, dürfte ohne weiteres klar sein. Die Reue muß thätig geworden sein. Aber wie? Die herrschende Meinung nimmt an: durch Widerruf der früher abgegebenen Willenserklärung, daß das Eigenthum übergehen solle. Aber nichts zwingt zu dieser Annahme. Im Gegentheil: Ulpian hat die Worte des Sabinus vor Augen und giebt dessen „prohibere evehere" durch das farblose „paenitere" wieder. Sabinus aber weist, denke ich, deutlich genug darauf hin, daß nicht in einer bloßen Erklärung des Eigenthümers, sondern in dessen Besitzhandlung das Hinderniß des Eigenthumsüberganges liegt, daß von dessen beiden Voraussetzungen, Occupation und Zustimmung des Eigenthümers, nicht die letztere, sondern die erstere fehlt.

Daß diese Auffassung des Sachverhalts nicht nur möglich, sondern allein möglich ist, geht m. E. aus der bisher für unsere Frage nicht verwertheten l. 25 D. de act. e. v. 19, 1 hervor, die den beiden vorerwähnten Stellen ganz analog ist, aber den springenden Punkt schärfer hervortreten läßt.

Julianus libro IIV digestorum: „Qui pendentem vindemiam emit si uvam legere prohibeatur a venditore adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit ‚si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur quae venit neque tradita est'. Ceterum post traditionem sive lectam uvam calcare sive mustum evehere prohibeatur, ad exhibendum vel injuriarum agere poterit, quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur.

Was Julian unter „prohibere" versteht, scheint mir nicht zweifelhaft. Wenn das so bezeichnete Verhalten in dem ersten Theil der Stelle gegen den Erwerb des Eigenthums, im letzten Theil gegen das erworbene Eigenthum selbst sich richtet und vom Eigenthümer mit der actio ad exhibendum parirt wird, so kann es nur eine Besitzhandlung darstellen. Wie könnte der bloße Widerruf der Eigenthumsübertragung durch den bisherigen Eigenthümer den Erwerber zu einer actio ad exhibendum veranlassen? Von der l. 25 cit. ist aber um so mehr ein Rückschluß auf die l. 6 de don. erlaubt, als auch in dieser die Prohibition einmal als vor, das andere Mal als nach erfolgtem Eigenthumsübergange geschehen hingestellt wird, der Thatbestand der beiden Stellen also völlig der gleiche ist.

Man möchte mir nun entgegenhalten: was verschlägt's für den Pächter, wie der Grundeigenthümer trotz des Pachtvertrages ihn am Fruchterwerbe hindern kann? Darauf wäre zu erwidern: es ist denn doch ein Unterschied, ob die bloße Erklärung des Eigenthümers genügt, um den Pächter zu schädigen, oder ob dieser dazu dejicirt werden muß. Denn um den Pächter an der Occupation zu hindern, reicht passiver Widerstand nicht aus, sondern es bedarf dazu angriffsweisen Vorgehens des Eigenthümers. Ich glaube daher, es ist kein bloßer Zufall, daß in den letztcitirten Quellenstellen kein Fall einer mit Detention verbundenen Pacht erwähnt wird, sondern daß sie allesammt nur Fälle behandeln, in denen der Eigenthümer, ohne die Detention der Sache aufzugeben, gestattet hat, daß ein Anderer sich Theile der Sache aneigne.

Und schließlich: Mir kam es hier zunächst darauf an, zu zeigen, daß die angeblichen Quellenzeugnisse der Gegner unbrauchbar sind. Daß der Grundeigenthümer durch Widerruf des Pachtvertrages den Fruchterwerb des Pächters unmöglich

machen kann, wird von den römischen Juristen nirgends ausgesprochen. Sollte die herrschende Meinung trotzdem bestehen können, so müßte schon nachzuweisen sein, daß sie, auch ohne ausdrücklich bestätigt zu sein, sich als nothwendige Folge eines anderen feststehenden Rechtssatzes ergebe.

Es muß auffallen, daß man bisher auch nicht einmal den Versuch gemacht hat, die besprochenen Quellenstellen auf ihre Beweiskraft hin zu prüfen, obwohl die Lehre vom Fruchterwerbe des Pächters häufig genug eingehend behandelt worden ist. Wer die betreffenden Schriften genau durchliest, wird über den Grund dieser Erscheinung bald aufgeklärt sein. Der Quellenbeweis tritt nämlich in unserer Frage ganz in den Hintergrund. Statt dessen wird die juristische Struktur des Fruchterwerbes des Pächters genauer untersucht, und werden daraus die weiteren Folgerungen abgeleitet. Man verfährt konstruktiv und deduktiv, nicht induktiv und liest dann natürlich in die Quellen hinein, was man gern herauslesen möchte.

Wie man den Vorgang des Fruchterwerbes konstruirt, habe ich oben (S. 440) bereits dargelegt. Man sagt: der Pächter hat die Einwilligung des Grundeigenthümers zur Perception der Früchte. Diese Einwilligung wirkt in Permanenz fort, wenn sie nicht durch Widerruf oder sonst wie erloschen ist. Die „Permanenz des Konsenses" bringt sodann in Verbindung mit der Perception der Früchte durch den Pächter den Eigenthumserwerb zu Stande. In dieser Auffassung ist man einig, es herrschte nur Streit darüber, ob der Begriff „Tradition" dabei anwendbar sei — eine Frage, die einstweilen unerörtert bleiben soll.

Ich will zunächst darthun, daß die Lehre von der „Permanenz des Konsenses des Grundeigenthümers" an einem

unheilbaren inneren Widerspruch leidet. Denn entweder die **voluntas domini**, d. h. die Willenserklärung des Eigenthümers, daß der Pächter das Eigenthum an den Früchten haben solle, ist im Pachtvertrage wirksam abgegeben und vom Pächter angenommen worden. Dann „wirkt" sie fort in „Permanenz" wie jede andere Vertragserklärung. Denn es liegt — wie noch genauer gezeigt werden soll — auch nicht der geringste Grund vor, warum in diesem Falle die Erklärung für den Eigenthümer weniger bindend sein sollte als sonst bei der Eigenthumsübertragung.

Oder aber erst die Gestattung der Perception der Früchte bedeutet die **voluntas domini**, d. h. die Erklärung, daß Eigenthum übergehen solle, wird erst in dem Augenblicke abgegeben, wo der Pächter die Früchte in Besitz nimmt — dann aber ist es eben nicht die in Permanenz wirkende Erklärung, die der Pachtvertrag enthält. Im Pachtvertrage könnte dann nur die Erklärung gefunden werden, daß der Verpächter sich verpflichte, dem Pächter die Einwilligung zur Perception der Früchte zu ertheilen, nicht die, daß er sie hiermit ertheile. Der Pachtvertrag würde die **causa** der Uebertragungserklärung enthalten, aber nicht diese selbst.

Das letztere ist offenbar die eigentliche Meinung der genannten Schriftsteller. Anders wenigstens kann ich es nicht verstehen, wenn Goeppert die „Permanenz des Konsenses" (nicht des abgeschlossenen Vertrages) für entscheidend erklärt und Exner die Perception als „Nehmen mit dem (präsenten) Willen des Eigenthümers" bezeichnet. Ebenso führt auch Czyhlarz den Fruchterwerb des Pächters ausdrücklich auf das **pati** des Verpächters zurück (S. 462). Vollends deutlich wird seine eigentliche Meinung, wenn er betont, es müsse eben das dingliche und das obligatorische Moment auseinanderge-

halten werden, und zur Erläuterung fortfährt: „Ebensowenig als z. B. der Verkäufer erfüllungsweise tradiren kann, nachdem er wahnsinnig geworden ist, ebensowenig kann seine früher erklärte Gestattung der Wegnahme der Waare als jetzt noch wirkendes pati angesehen werden, wenn sich der Vollzug der Wegnahme bis nach dem Eintritt des Wahnsinns verzögert haben sollte."

Richtiger ist also die herrschende Meinung dahin zu verstehen, daß der Eigenthümer durch Duldung der Perception stillschweigend erklärt, das Eigenthum solle übergehen. Doch erhebt sich gegen diese Auffassung die Frage: ist denn der Eigenthümer bei der Perception zugegen? Weiß er überhaupt etwas davon? Wie kann er sie dann bewußt dulden? Der Grundeigenthümer duldet allerdings, daß der Pächter das Pachtgut detinirt, und ermöglicht ihm damit thatsächlich die Fruchtziehung wie jede andere Besitzhandlung; aber daraus folgt keineswegs, daß alle Besitzhandlungen des Pächters mit Willen des Grundeigenthümers erfolgen. Vielmehr erwirbt der Pächter zweifellos nicht das Eigenthum an solchen Früchten, die er unter mißbräuchlicher Ausnutzung seiner Detention gegen den Pachtvertrag gezogen hat [1]).

Die angebliche Duldung der Perception mitsammt der angeblich darin enthaltenen Willenserklärung des Eigenthümers ist eine Fiktion und weiter nichts und führt praktisch zu ganz unhaltbaren Konsequenzen.

Das haben auch die Vertreter der herrschenden Meinung empfunden und darum den Pachtvertrag zur Erklärung des Rechtsvorganges beim Fruchterwerb des Pächters mit herangezogen. Wenn aber der Pachtvertrag, wie allgemein behauptet

1) L. 62 § 8 D. de furtis 47, 2.

wird, nur obligatorische Bedeutung hat, so ist es offenbar eine Inkonsequenz, wenn man ihm eine Rolle zuweist in dem dinglichen Rechtsvorgang, der zum Eigenthum des Pächters führt. Aber diese Inkonsequenz ist eine erfreuliche Konzession an die natürliche und gesunde Auffassung, die eben auf den Pachtvertrag das Eigenthum des Pächters an den von ihm gezogenen Früchten zurückführt und nicht auf das problematische Verhalten des Verpächters in dem Augenblicke, wo der Pächter die Früchte erntet.

Der Fruchterwerb des Pächters setzt sich aus zwei Akten zusammen: der Perception der Früchte durch den Pächter und der Einwilligungserklärung des Grundeigenthümers. Zweifellos kann diese der Perception nachfolgen, als Genehmigung z. B. der Handlungen eines Pächters, dem ein Nichtberechtigter verpachtet hatte. Normalerweise aber geht sie ihr voran: sie wird im Pachtvertrage abgegeben. Wir haben also den Fall eines successive sich vollziehenden, zusammengesetzten Rechtsgeschäftes vor uns.

Es ist zunächst ganz unbegreiflich, warum man das so hartnäckig hat ableugnen und die beiden Akte hat zusammenrücken wollen. Bei näherem Zusehen entdeckt man bald des Pudels Kern: der Fruchterwerb des Pächters wird unter den Begriff der Tradition gebracht. Für diese aber gilt noch immer fast wie ein Dogma das Wort Windscheid's[1]): „Auch wenn der Eigenthumsübertragungsvertrag der Tradition vorhergeht, wird er in der Tradition wiederholt, und der nicht in der Tradition ausgedrückte Eigenthumsübertragungsvertrag ist ohne alle rechtliche Bedeutung." Da haben wir den Gedanken, daß das dingliche und das obligatorische Element im Pachtvertrage sorgfältig auseinander zu halten seien!

1) Pandekten, Bd. 1 § 171 Anm. 3 (VII. Aufl.).

Fällt denn aber der Fruchterwerb des Pächters unter den Begriff der Tradition? Obgleich das seit Savigny[1]) überwiegend gelehrt wird[2]), halte ich die gegentheilige Ansicht[3]) für die richtige. Und zwar deshalb, weil dem Fruchterwerb des Pächters gerade dasjenige Element fehlt, das der Tradition den Namen gegeben hat: die Uebergabe des Besitzes. Die Früchte, die der Pächter percipirt, haben sich überhaupt nicht im Besitze des Eigenthümers befunden, und es geht also nicht einmal an, von einer brevi-manu-traditio zu reden, wie das Czyhlarz (S. 467 Anm. 41) will. So reden denn auch die Quellen nur schüchtern von quasitraditio[4]).

Uebrigens ist diese Konstruktionsfrage für unsere Frage ohne Bedeutung. Denn es giebt ganz zweifellose Fälle, in denen die Eigenthumsübertragung in zwei zeitlich getrennte Vorgänge zerfällt. Dahin gehört einerseits der Fall, daß der Eigenthümer den Besitzer seiner Sache ermächtigt, im eigenen Namen das Eigenthum zu übertragen. Und weiter die Cession der rei vindicatio zum Zwecke der Eigenthumsübertragung.

Letzterer Fall zeigt besonders deutlich die Analogie zum Fruchterwerb des Pächters. In der Cession des Anspruches auf Herausgabe der Sache liegt die Einwilligung des Eigenthümers in den Eigenthumsübergang. Dieser selbst vollzieht sich indessen nach gemeinem Rechte[5]) erst, wenn der Cessionar in den Besitz der Sache gelangt. Dem entsprechen durchaus

1) Besitz (VI. Aufl.), § 22a S. 314.

2) Dafür: Exner, Tradition, S. 17 ff.; Czyhlarz, a. a. O. S. 467; Windscheid, Pand., § 186 Anm. 6; Brinz, Pand., § 145.

3) Puchta, Pandekten, § 150; Vangerow, Pandekten, Bd. 1 S. 576; Bremer, Zeitschrift f. Civilrecht und Prozeß, N. F. Bd. 20 S. 62.

4) Exner, S. 21 Anm. 51.

5) L. 47 de R. V. 6, 1; vergl. Ihering in seinen Jahrbüchern, Bd. 1 S. 119. Anders B.G.B. § 931.

die Vorgänge beim Fruchterwerb des Pächters. Es steht durchaus nichts dem entgegen, den Pachtvertrag als ersten Akt des dinglichen Rechtsgeschäftes anzusehen.

Die Uebertragungserklärung, die der Grundeigenthümer im Pachtvertrage abgiebt, wird vom Pächter in eben demselben Vertrage angenommen. Wie sollte also der Eigenthümer dazu kommen, sie beliebig widerrufen zu dürfen? Die Erklärung besteht, obwohl sie der vollen Wirksamkeit einstweilen noch entbehrt. Sie ist so wenig der Willkür des Eigenthümers preisgegeben wie die in der Form der Cession abgegebene Uebertragungserklärung [1]). Widerruf, Geisteskrankheit, Tod des Urhebers der Erklärung bleiben ohne Einfluß auf ihren Bestand.

Eine ganz andere Frage ist, ob die Erklärung schon vor der Perception absolute Wirkung hat, so daß auch dritten Personen gegenüber der Eigenthümer an sie gebunden und damit Dritten der Erwerb von Rechten an den Früchten schon durch den Pachtvertrag unmöglich gemacht ist. Hier muß verneinend geantwortet werden. Die Einwilligung des Eigenthümers kann, obwohl auf Uebertragung eines dingliches Rechtes abzielend, zunächst doch nur relative Wirkung haben, d. h. die Rechtsstellung des Grundeigenthümers gegen dritte Personen nicht beeinträchtigen. Um dem Versprechen des Grundeigenthümers Wirkung Dritten gegenüber zu verleihen, hätten die Römer dem Pächter ein dingliches Recht zur Fruchtnutzung nach Art des Nießbrauchs geben müssen. Denn ein absolut wirkendes Anrecht, eine absolute Gebundenheit ohne die reale

1) Daß die Cession dinglicher Ansprüche in demselben Maße unwiderruflich ist wie die Cession obligatorischer, wird heute fast einhellig gelehrt. Vergl. Windscheid, Bd. 2 § 337 Anm. 4; Dernburg, Bd. 1 § 225 Anm. 8.

Unterlage eines dinglichen Rechtes, wie es nach heute herrschender Ansicht die C. 7 qui potiores 8, 17 für den Fall der Verpfändung künftiger Sachen ergiebt, bleibt immer eine juristische Abnormität. Die Römer haben dem Pächter das dingliche Recht versagt und damit dem auf den Fruchterwerb bezüglichen Versprechen des Grundeigenthümers die absolute Wirkung.

Ueberträgt daher der Verpächter das Eigenthum der verpachteten Sache oder der von ihr getrennten Früchte einem Anderen, ehe der Pächter die Früchte occupiren konnte, so ist die im Pachtvertrage ertheilte Einwilligung zur Occupation dem Erwerber gegenüber wirkungslos [1]). Und dasselbe muß gelten, wenn der Verpächter als Eigenthümer einem Anderen ein dingliches Recht zum Fruchterwerb, sei es als Emphyteuse, sei es als Nießbrauch, bestellt hat — der Pächter muß weichen, weil das ihm ertheilte Versprechen des Eigenthümers einstweilen nur relative Wirkung hatte. Und endlich kann auch der Verpfändung der zukünftigen Früchte durch den Grundeigenthümer, insofern sie ein absolutes Anrecht für den Pfandgläubiger begründet, das Recht des Pächters auf den Fruchterwerb nicht entgegenstehen.

Kann demnach dritten Personen gegenüber der Grundeigenthümer trotz des Pachtvertrages noch über die Früchte des Grundstückes frei verfügen, und bedarf es, um den Pächter absolut zu sichern, noch der Besitzergreifung, so ist doch immerhin zur Begründung des erstrebten absoluten Rechtes schon im Pachtvertrage der Grund für den Pächter gelegt. Er hat die Einwilligung des Eigenthümers zur Occupation und kann sie nicht mehr verlieren.

---

1) L. 9 pr, l. 24 § 1, l. 32 D. locati 19, 2.

Ich kehre zum B.G.B. zurück.

In der Weise des römischen Rechtes vollzieht sich nach dem Gesetzbuche der Fruchterwerb des Pächters nur dann noch, wenn er sich zur Zeit der Trennung der Früchte nicht im Besitze des Pachtgrundstückes befindet. Hier setzt sich der Rechtsvorgang des Eigenthumserwerbes zusammen aus der „Gestattung der Aneignung" und der „Besitzergreifung", ist also die alte „perceptio fructuum cum voluntate domini". Ist nun aus dem B.G.B. für die Widerruflichkeit der im Pachtvertrage abgegebenen Uebertragungserklärung des Fruchteigenthümers ein Grund zu entnehmen, der nicht schon für das römische Recht hätte Geltung haben müssen? Das Gegentheil muß behauptet werden.

Die Motive (Bd. 3 S. 368) konstruiren den Fruchterwerb des nichtbesitzenden Pächters so, daß sie im Pachtvertrage die Veräußerungserklärung des Eigenthümers abgegeben sehen, und ihre Annahme durch die Besitzergreifung des Erwerbers sich vollziehen lassen. Ich will diese Konstruktion zunächst einmal gelten lassen. Was ergiebt sich daraus? Da die im Pachtvertrage enthaltene Gestattung der Fruchtaneignung eine Offerte zur Eigenthumsübertragung, der Vertragsantrag aber nach § 145 (§ 80 erster Lesung) im Zweifel unwiderruflich ist, so ist auch die Gestaltung der Fruchtaneignung unwiderruflich. Warum sollte denn nur gerade die hier in Frage stehende Offerte beliebig zurückgenommen werden können? Die Motive geben keine Auskunft. Sie stellen als unanfechtbar die Behauptung hin, daß die Erklärung des Veräußerers bis zu ihrer Annahme durch die Besitzergreifung des Erwerbers zwar fortbestehe, aber nur in widerruflicher Weise. Schwerlich wird man diese Behauptung damit begründen wollen, daß der Veräußerer sich den Widerruf stillschweigend vorbehalte. Davon kann keine Rede sein.

Auch brauche ich wohl kaum den Einwand zu erwarten, daß die Veräußerungserklärung des Fruchteigenthümers um deswillen der Einwirkung des § 145 entzogen sei, weil die zweite Kommission es abgelehnt hat, das Rechtsgeschäft der Eigenthumsübertragung in den §§ 873 und 929 als Vertrag, als dinglichen Vertrag, zu bezeichnen. Denn man wird die im allgemeinen Theile des Gesetzbuches über die Verträge aufgestellten Grundsätze unbedenklich überall da anzuwenden haben, wo ein Rechtsgeschäft durch eine Willenseinigung vollzogen wird, gleichgültig, ob das Gesetzgebuch den Vorgang als Vertrag gekennzeichnet oder mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch des Lebens ihm diesen Namen vorenthalten hat [1]).

Im Uebrigen braucht man meiner Ueberzeugung nach gar nicht auf den § 145 zurückzugreifen, um darzuthun, daß nach den Grundsätzen des Gesetzbuches die im Pachtvertrage ausgesprochene Gestattung der Fruchtaneignung unwiderruflich ist. Denn, wie ich bei der Erörterung des römischen Rechtes darzulegen versucht habe, enthält der Pachtvertrag nicht nur die Veräußerungserklärung des Fruchteigenthümers, sondern auch die Annahmeerklärung des Erwerbers, also die Einigung der Parteien, die in Verbindung mit der Besitzergreifung den Uebergang des Eigenthums bewirkt. Daß aber die von der anderen Seite angenommene Willenserklärung widerrufen werden könne, darf schlechterdings nur angenommen werden, wenn es, wie in den §§ 109 und 873, vom Gesetze ausdrücklich bestimmt ist.

Die Willenseinigung, die im Pachtvertrage vollzogen ist, bleibt bestehen. Sie besteht allerdings zunächst ohne dingliche

1) Die in der 2. Kommission über diese Frage geäußerten Meinungen werden mitgetheilt von Reatz, Zweite Lesung des Entwurfes, in Anm. 3 zu § 794 (S. 422).

Wirkung wie ein Veräußerungsvertrag, den ein Nichteigenthümer oder ein Vormund ohne die erforderliche obervormundschaftliche Genehmigung abgeschlossen hat. Sie besteht als der erste Theil eines aus mehreren Handlungen sich zusammensetzenden Rechtsgeschäftes. Die Eigenthumsübertragung ist vollendet, wenn der Besitz der Früchte vom Pächter ergriffen ist, gleich wie sie sich in den oben genannten Fällen vollzieht, sobald die erforderliche Genehmigung eintrifft.

So gut man dem Verpächter das Widerrufsrecht zuspricht, so gut könnte man auch behaupten, daß der Eigenthümer, der zum Vollzuge der Uebertragung den Erwerber angewiesen habe, sich selbst in den Besitz der Sache zu setzen, bis zur Besitzergreifung noch widerrufen könne. Daß beispielsweise der Holzkäufer das Eigenthum des Holzes nicht erwerbe, wenn der Waldeigenthümer stirbt, ehe das Holz abgefahren ist. Er hätte ja nur ein constitutum possessorium des Verkäufers nach § 930 zu erwirken brauchen, um sicher zu sein!

Kommt man zu der Ueberzeugung, daß nach den allgemeinen Grundsätzen des Gesetzbuches der Verpächter die Erklärung, daß der Pächter die Früchte haben solle, nicht mehr widerrufen kann, auch, wenn der Pächter sich nicht im Besitze des Pachtgrundstückes befindet, so erhebt sich allerdings die Frage, wie man sich gegenüber dem § 956 zu verhalten habe.

Daß die Verfasser des Gesetzbuches, unter dem Einfluß der gemeinrechtlichen Theorie stehend, der Ansicht huldigten, die Gestattung der Fruchtaneignung sei an und für sich widerruflich, darf im Hinblick auf § 956 angenommen werden. Absolut unumgänglich ist diese Annahme allerdings nicht. Denn es ist allenfalls möglich, daß die „Gestattung der Fruchtaneignung“ von ihnen nicht als Willenserklärung des Fruchteigenthümers, sondern des Grundstücksbesitzers, d. h. als Zu-

lassung der Besitzergreifung aufgefaßt wird. Es wäre dann die Bestimmung des § 956 nur der Ausdruck des richtigen Gedankens, daß der Pächter, der sich nicht im Besitze des Grundstückes befindet, den Besitzstand des Verpächters zu respektiren habe und sich gegen dessen Willen nicht in den Besitz der auf dem Pachtgrundstücke befindlichen Früchte setzen dürfe.

Allenfalls möglich ist, daß dieser Gedankengang dem § 956 zu Grunde liegt; wahrscheinlich ist aber nur, daß, wie in der gemeinrechtlichen Literatur, so auch von den Verfassern des Gesetzbuches die Veräußerungserklärung und die Gestattung der Besitzhandlung nicht genügend auseinandergehalten worden sind. Man trifft mit Wahrscheinlichkeit das Richtige, wenn man annimmt, daß nach Ansicht der Kommission die Veräußerungserklärung des Fruchteigenthümers dem Prinzip nach frei widerruflich ist und daß diese Ansicht in § 956 zum Ausdruck gelangt ist.

Trotzdem ist die Meinung der Kommission nicht Gesetz geworden, denn der Satz, daß der Verpächter, wenn der Pächter sich nicht im Besitze der Sache befindet, seine Erklärung bis zur Besitzergreifung widerrufen könne, ist nicht ausdrücklich vom Gesetzbuche ausgesprochen, sondern läßt sich nur kraft **argumentum a contrario** aus dem § 956 gewinnen. Eine Ergänzung der Worte des Gesetzbuches mit Hülfe eines derartigen Schlusses ist aber nur bei Anwendung äußerster Vorsicht [1]) und jedenfalls nur dann zuläßig, wenn dem nicht anderweite Bestimmungen des Gesetzes entgegenstehen. Das letztere ist, wie ich gezeigt zu haben hoffe, hier der Fall.

---

1) Vergl. Regelsberger, Pandekten, § 37 Nr. 3. B.G.B. § 956 ist ein neuer Beweis für die Gefährlichkeit des argumentum a contrario.

Daraus ergiebt sich, daß der Satz des § 956:

„Ist der Eigenthümer zu der Gestattung verpflichtet, so kann er sie nicht widerrufen, solange sich der Andere in dem ihm überlassenen Besitze der Sache befindet.“

lediglich als überflüssige Wiederholung eines allgemeinen Grundsatzes des Gesetzes zu behandeln ist. Die vertragsmäßige Gestattung der Aneignung von Sachen ist schlechthin unwiderruflich.

VIII.

Die Schuldübernahme und die §§ 414—416 des B.G.B.

Von **Regelsberger.**

Manche Untersuchungen fördern die wissenschaftliche Erkenntniß nicht sowohl durch ihre positiven Ergebnisse als durch die Anregung, ja Nöthigung zur erneuten Prüfung bestehender Ansichten. Zu diesen Untersuchungen zähle ich die oben auf S. 390—428 abgedruckte Abhandlung des Herrn Professors Dr. von Blume „Zur Lehre von der Schuldübernahme". Ich muß nach erneuter Erwägung seine Ergebnisse in der Hauptsache ablehnen, namentlich den strengen Wahrspruch, den er über § 415 B.G.B. gefällt hat. Aber ich verkenne nicht, daß er die Sonde auf einen Punkt gesenkt hat, der zwar kein unheilbares Gebrechen des § 415 aufweist, nicht einmal zu einer Aenderung des Gesetzes drängt, wohl aber einige Vorsicht bei Abfassung mancher Schuldübernahmeverträge gebietet.

I. Schuldübernahme und Erfüllungsübernahme

Seit Delbrück der Theorie den kräftigen Anstoß gegeben hat, ist die Schuldübernahme ein reich bebautes Feld geworden. Die Erörterungen gehen in ihren Ergebnissen zum Theil weit auseinander. Allgemeiner Anerkennung erfreut sich aber der Satz, daß es eine zweifache Schuldübernahme giebt: eine

Schuldübernahme, bei der der Uebernehmer neben den bisherigen Schuldner in das Haftverhältniß zum Gläubiger tritt und eine Schuldübernahme, durch die der Uebernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt. Der Gläubiger bekommt für die Leistung dort einen zweiten Schuldner, hier einen neuen Schuldner unter Verlust des bisherigen. Dort vollzieht sich für den Gläubiger reiner Erwerb, ein Zuwachs zu seinem Recht, hier eine Veränderung seines Rechts, ein Schuldnerwechsel. Dort pflegte man bisher von kumulativer oder accessorischer Schuldübernahme zu sprechen, hier von privativer oder novatorischer. Blume, S. 391 schlägt dafür die annehmbaren Ausdrücke bestärkend und befreiend vor.

Insoweit besteht also Einverständniß. Nun nimmt aber eine in Theorie und Praxis viel vertretene Ansicht eine Rechtserscheinung an, die im wirthschaftlichen Zweck der Schuldübernahme verwandt ist, aber sich mit ihr keineswegs deckt: einen Vertrag zwischen dem Schuldner und einem Dritten — nennen wir ihn auch Uebernehmer — worin sich der Uebernehmer dem Schuldner zur Zahlung der Schuld oder allgemeiner zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet, ohne eine Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger zu übernehmen. Aus dem Vertrag sollen Recht und Pflicht nur für die vertragschließenden Personen entstehen, der Uebernehmer will in kein Haftverhältniß zum Gläubiger kommen. Die übliche Bezeichnung für dieses Geschäft ist Erfüllungsübernahme[1]).

Die Unterscheidung — nicht die Bezeichnung — findet sich auch im B.G.B. § 329 regelt die Erfüllungsübernahme, während die §§ 414—419 die Schuldübernahme behandeln.

---

1) Regelsberger, Zeitschr. f. Handelsr., Bd. 14 S. 27 (1870); Unger, Schuldübernahme nach österr. Recht, S. 14 (1889); Lothar Seuffert, Die allgem. Grundsätze des Obligationenrechts im Entwurf des B.G.B., S. 49 (1889); Eck in Jhering's Jahrb., Bd. 35 S. [illegible]; Kipp, ebenda, Bd. 36 S. 344.

Wie schon früher Bähr, so erklärt sich Blume gegen die Anerkennung der „Erfüllungsübernahme". Er findet sogar in dieser Unterscheidung die Quelle für „die heillose Verwirrung in der Rechtsprechung". Zwar meint er, Erfüllungsübernahme „wäre anzunehmen, wenn der Uebernehmer nur dem Urschuldner, nicht dem Gläubiger zur Erfüllung der Obligatio verpflichtet sein will". Aber er bestreitet, daß dieser Wille jemals erkennbar heraustrete (S. 406, 414).

Indes kämpft Blume, näher zugesehen, nur gegen den Namen, nicht gegen die Sache. Denn nach S. 408 findet er in jedem die Ueberwälzung der Schuld auf den Uebernehmer bezweckenden Vertrag die Vereinbarung „daß U (Uebernehmer) die Befreiung des S (Schuldners) auf seine eigenen Kosten bewirken soll. Der Vertrag wirkt obligatorisch zwischen den Parteien, so daß S wirthschaftlich, nicht juristisch seine Schuld abgewälzt hat." Nur nennt Blume diesen Vertrag „interne Schuldübernahme." Ja, er will sich sogar den Satz gefallen lassen: „im Zweifel ist zu Gunsten der bloßen Erfüllungsübernahme zu entscheiden", wenn nur statt Erfüllungsübernahme gesetzt wird interne Schuldübernahme (S. 409).

Die Blume'sche interne Schuldübernahme gleicht dem, was man bisher Erfüllungsübernahme genannt hat, wie ein Ei dem anderen. Was ist aber gewonnen, wenn wir dem Kind einen anderen Namen geben? Ich bin aber der Meinung, daß in der Blume'schen Bezeichnung eine Verschlimmbesserung liegt.

Im wirthschaftlichen Leben mag man überall von einer Schuldübernahme sprechen, wo durch die Vereinbarung der praktische Erfolg beabsichtigt wird, daß der eine Vertragstheil, der Schuldner eines Dritten ist, vom anderen Vertragstheil gegen die Inanspruchnahme durch den Gläubiger gedeckt wird. Der Jurist verbindet aber mit Schuldübernahme die Vor-

stellung, daß der Uebernehmer zu dem Gläubiger in ein Haftverhältniß tritt, in ein ausschließliches oder in ein accessorisches. Wo ein Rechtsgeschäft mit dem Inhalt der Erfüllungsübernahme geschlossen wird, da liegt den Parteien jede Hereinziehung des Gläubigers in ihren Handel fern. Bei der Schuldübernahme nimmt die Verabredung nothwendig eine Richtung auf den Gläubiger. Die Erfüllungsübernahme bildet eine häusliche Angelegenheit unter den Vertragschließenden. Nur der Schuldner erwirbt daraus ein Recht gegen den Uebernehmer. Zwar kann der Schuldner diesen Anspruch dem Gläubiger abtreten. Aber bevor dies geschehen ist, kann der Gläubiger den Uebernehmer nicht ins Recht fassen. Es kann auch der Uebernehmer, wenn er nachträglich dazu Lust verspürt, einen Schuldbefreiungsvertrag mit dem Gläubiger schließen. Dies hätte er aber ohne jedes Abkommen mit dem Schuldner thun können.

Niemand wird leugnen, daß die Grenzlinie zwischen Erfüllungsübernahme und Schuldübernahme (im hergebrachten Sinn) im einzelnen Fall nicht immer leicht zu ziehen ist. Das begegnet auch bei anderen Rechtserscheinungen — ich erinnere beispielsweise an die echte und unechte Anerkennung — und berechtigt noch nicht, die Unterscheidung ganz zu verwerfen. Ueberdies liegt die Lösung der Aufgabe bei der Schuldüberwälzung nicht so verzweifelt, wie Blume meint. Nehmen wir folgenden Fall: Jemand erklärt seinem in Noth gerathenen Neffen: „ich will deine Schulden bezahlen, aber für die Zukunft hast du von mir eine Hülfe nicht mehr zu erwarten." Kein Jurist wird in Versuchung kommen, hierin etwas anderes zu erblicken als einen Vertrag nach § 329 B.G.B., also eine Erfüllungsübernahme. Sollte auch der Schuldner seinen Gläubigern mittheilen: mein Onkel hat sich verpflichtet, meine Schulden zu bezahlen, und sollten sich auch die Gläubiger damit ein-

verstanden erklären, so gewinnen sie daraus keine Forderung gegen den Onkel, dieser kann jedem mit Recht entgegenhalten: ich habe mich euch zu nichts verpflichtet (O.A.G. Berlin in Seuffert's Arch., Bd. 27 Nr. 17; R.O.H.G., Bd. 10 Nr. 15 S. 88: die Zusage an den Schuldner, dessen Schulden zu bezahlen, ist nicht eine gegen den Gläubiger übernommene Verpflichtung, für die Schulden einstehen zu wollen; Bayer. O.G.H. in Seuffert's Arch., Bd. 53 Nr. 218).

Daß die Gerichte in der Beurtheilung der Schuldübernahmefälle nicht selten auseinandergehen, ja zuweilen zweifellos straucheln, ist nicht wunderbar und kommt auch anderwärts vor. Das wird keine Theorie zu verhüten im Stande sein. Auch durch die Theorie von der internen und externen Schuldübernahme wird der Richter vor die heikle Entscheidung gestellt, ob das Uebereinkommen „darauf drängt, die interne zur externen Schuldübernahme auszugestalten", anders ausgedrückt: ob der Schuldner kraft stillschweigender Bevollmächtigung den Uebernehmer in ein unmittelbares Haftverhältniß zum Gläubiger bringen kann (Blume, S. 413, 416, 421).

Der wirthschaftliche Zweck eines Geschäfts ist gewiß ein wichtiger Anhaltspunkt für die Erforschung eines Parteiwillens, der sich aus der Erklärung nicht mit genügender Deutlichkeit ergiebt (Blume, S. 407). Aber alleiniger Auslegungsbehelf kann der Geschäftszweck wenigstens da nicht bleiben, wo er verschiedene rechtliche Verwirklichung zuläßt. Denn das rechtliche Mittel zur Erreichung des praktischen Zweckes haben die Parteien durch das Rechtsgeschäft zu schaffen. Wenn sie sich in der Wahl des Mittels vergriffen haben, so darf ihnen nicht der Ausleger seine bessere Einsicht unterstellen. Ein solcher Geschäftszweck, den man, wie gezeigt, auf verschiedenen rechtlichen Wegen anstreben kann, ist die Abwälzung einer Schuld von einem Vermögen auf ein anderes. Daher hat der Richter,

trotzdem daß er sich über diesen Zweck des Parteiübereinkommens klar ist, weiter nach Anhaltspunkten zu suchen für die Feststellung, welche Art von Schuldabwälzung die Parteien gewollt haben, und hat in dubio pro reo zu erkennen. Ueber diese Schwierigkeit kommt man ohne Willkür nicht hinaus.

II. Die Sondernachfolge in die Schuld.

Für die Uebertragung der Schuld auf den Uebernehmer unter Befreiung des bisherigen Schuldners erkennt das B.G.B. in Uebereinstimmung mit dem bisherigen gemeinen Recht einen zweifachen Weg an:

1) einen Vertrag zwischen dem Uebernehmer und dem Gläubiger, durch den der Uebernehmer vom Gläubiger als Schuldner an Stelle des bisherigen Schuldners angenommen wird (§ 414); und

2) einen Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer, wonach dieser die Schuld des ersteren an dessen Statt übernimmt. Dieser Vertrag kann sein Ziel nur mit Zustimmung d.s Gläubigers erreichen (§ 415, 416).

Ich möchte jenen Vorgang (§ 414) die eingliedrige Schuldübernahme nennen, diesen (§ 415, 416) die zweigliedrige. Wohlgemerkt, ich spreche von ein- und zweigliedriger Schuldübernahme, nicht von einem ein- und zweigliedrigen Schuldübernahmevertrag; denn ich möchte nicht zu denen gezählt sein, die, wie Simon in Ztschr. f. Handelsr., Bd. 24 S. 102 und Kipp in Ihering's Jahrb., Bd. 36 S. 353 einen dreiseitigen Vertrag annehmen; hiegegen auch Blume oben S. 397, 417.

A. Die eingliedrige Schuldübernahme.

Sie hat den Juristen von jeher weniger Sorge bereitet als ihre Schwester. So wird es auch nach dem B.G.B. sein.

Vielleicht ist die Bemerkung nicht überflüssig, daß die eingliedrige Schuldübernahme des B.G.B. mit der römischen Expromission verwandt, keineswegs identisch ist.

Die römische Expromissio erzeugte ein selbständiges obligatorisches Verhältniß zwischen dem Gläubiger und dem Expromissor, wofür die frühere Schuld nur den Stoff lieferte. Man kann daher bloß im wirthschaftlichen Sinn von einem Uebergang der bisherigen Schuld auf den Expromissor sprechen. Mit dem rechtlichen Untergang der bisherigen Obligatio waren wichtige praktische Folgen verknüpft. Es erloschen die Accessionen der alten Obligatio (Bürgschaft, Pfandrecht, Zinsverpflichtung, Konventionalstrafe, Vorzugsrechte); und wenn sich der Expromissor auf eine bestimmte Leistung verpflichtete, nicht bloß unbestimmt auf das, was der Gläubiger vom bisherigen Schuldner zu fordern hatte, so wurde die neue Obligatio vom Bestand der alten unabhängig (L. 1 § 11 quarum rer. act. 44,5; Windscheid, Pand. § 355 Note 12).

Anders die heutige Schuldübernahme. Vor allem verpflichtet sich hier der Uebernehmer immer nur zu dem, was der Gläubiger und wie er es vom bisherigen Schuldner zu fordern hat. War keine Schuld vorhanden, so wird der Uebernehmer dem Gläubiger zu nichts verpflichtet; leidet die übernommene Schuld an Mängeln, so kann diese auch der Uebernehmer gegen den Gläubiger geltend machen. So das B.G.B. § 417 (für die eingliedrige wie für die zweigliedrige Schuldübernahme):

„Der Uebernehmer kann dem Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, welche sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben".

Allerdings erlöschen auch nach heutigem Rechte in der Regel die Bürgschaften und die Pfandrechte, die für die übernommene Schuld bestellt waren. Aber nicht, weil die versicherte Schuld

untergeht, sondern trotzdem daß sie fortdauert. Der Grund ist die Unbilligkeit, die für den Bürgen oder Pfandeigenthümer daraus entspränge, wenn ihre Haftung infolge des Schuldnerwechsels, den sie nicht verhindern können, für einen anderen, möglicherweise wirthschaftlich weit unsichereren Schuldner erhalten würde. Ebendeshalb bleiben die Sicherheiten bestehen, wenn der Bürge oder der Pfandeigenthümer in den Schuldnerwechsel willigt (B.G.B. § 418). Solche Zustimmung liegt vor, wenn der Pfandeigenthümer selbst der Schuldübernehmer ist.

B. Die zweigliedrige Schuldübernahme.

Wie man sich den Vorgang zurecht zu legen habe, der sich bei der zweigliedrigen Schuldübernahme vollzieht, darüber gehen die Meinungen auseinander [2]). Ich beschränke mich auf die Erwähnung folgender Ansichten.

1) Bähr, dessen Stimme man überall in erster Linie zu hören pflegt, wo es sich um die rechtliche Auffassung einer Lebenserscheinung handelt, konnte sich die im Vertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer angestrebte Befreiung des bisherigen Schuldners durch Verpflichtung des Uebernehmers nur durch Vermittlung eines zweiten Vertrags denken. Dieser Vertrag könne geschlossen werden entweder a) zwischen dem Uebernehmer und dem Gläubiger oder b) zwischen dem bisherigen Schuldner und dem Gläubiger. Der erstere Vertrag sei eine römische Expromission. Im anderen Vertrag trete der Schuldner seinem Gläubiger die Forderung ab, die er aus dem mit dem Uebernehmer geschlossenen (Veräußerungs-)Vertrag erworben hat, also regelmäßig seine Kaufpreisforderung, wogegen der Gläubiger den Schuldner der Haftung entlasse. Der Gläubiger habe daher gegen den Uebernehmer niemals die Forderung aus dem Schuldverhältniß, das zwischen ihm und dem Schuldner

2) Eine gute Uebersicht enthält die Dissertation von Münster Ueber die Singularsuccession in Schulden (Göttingen 1893).

bestanden hat, sondern entweder eine Forderung aus dem abstrakten Schuldversprechen des Uebernehmers (nach a) oder aus dem zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer geschlossenen Veräußerungsvertrag (nach b). Uebernimmt also z. B. beim Verkauf eines Grundstückes der Käufer auf Abrechnung am Kaufpreis eine Darlehnsschuld des Verkäufers an einen Dritten, so hat der bisherige Darlehnsgläubiger gegen den Uebernehmer (Käufer) nicht eine Darlehnsforderung, sondern entweder eine abstrakte Schuldforderung oder eine Forderung aus dem Kaufvertrag (actio venditi); die Darlehnsforderung ist mit der Vollendung der Schuldübernahme untergegangen.

So Bähr. Es ist mir von jeher räthselhaft gewesen und noch heute räthselhaft, daß ein so klarer, mit dem Rechtsleben innig vertrauter Kopf auf eine Zurechtlegung verfallen und an ihr hartnäckig festhalten konnte, die mit der Verkehrsauffassung und mit dem Inhalt unserer Grundbücher in schneidendem Widerspruch steht. Denn darüber ist kein Zweifel, daß nach der Anschauung des Verkehrs und nach dem Inhalt des Grundbuchs die Darlehnsschuld eine Darlehnsschuld bleibt, mag sie auch, was bei Hypothekschulden nicht unerhört ist, ein dutzend Mal durch Schuldübernahme den Schuldner gewechselt haben. Nach der Bähr'schen Abtretungstheorie müßte der Schuldgrund ein dutzend Mal gewechselt haben. Das ließe sich allenfalls ertragen. Mißlicher ist eine praktische Folge: der Gläubiger muß danach alle Einwendungen gegen sich gelten lassen, die der Uebernehmer aus dem von ihm mit dem Schuldner geschlossenen Veräußerungsvertrag hat, mithin aus einem dem Gläubiger fremden Schuldverhältniß, nicht bloß den Einwand des nichterfüllten Vertrags, sondern auch die Einrede der Wandlung des Vertrags, der Preisminderung, der Entschädigung wegen Entwährung, des Irrthums, der Drohung,

des Betrugs. Welcher einigermaßen vorsichtige Gläubiger wird sich auf einen so gefährlichen Schuldnerwechsel einlassen? Die Bähr'sche Abtretungstheorie würde, in die Praxis übertragen, die Schuldübernahme brach legen.

2) Eine ziemlich verbreitete Ansicht[3]) findet in dem (Veräußerungs-)Vertrag, der zwischen dem Uebernehmer und dem Schuldner errichtet wird, die Vereinbarung, daß der Uebernehmer gegen Abrechnung auf das, was er aus dem gegenwärtigen Vertrag schuldig wird, in ein Schuldverhältniß des Veräußerers zu einem Dritten als Schuldner an des Veräußerers Stelle eintritt. Dieses Geschäft zielt auf einen Eingriff in die Vermögenssphäre des Gläubigers — es soll ihm ein anderer Schuldner gestellt werden — und erreicht diesen Zweck, wie jede andere Verfügung über fremde Rechte, nur mit Genehmigung des Berechtigten, hier des Gläubigers. Die Genehmigung ist ein einseitiger Akt, sie kann ausdrücklich oder stillschweigend ertheilt werden. Mit der Genehmigung vollzieht sich der Schuldnerwechsel; der Veräußerer hört auf, wenn die übernommene Schuld aus Darlehn herrührt, Darlehnsschuldner zu sein, der Uebernehmer ist jetzt Schuldner aus dem alten Darlehn, andererseits aber auch seiner Schuld an den Veräußerer (Kaufpreisschuld) auf den Betrag der übernommenen Schuld ledig. Verweigert der Gläubiger die Einwilligung in den Schuldnerwechsel, so ist die damit von den Vertragsparteien beabsichtigte Deckung der Entgeltsschuld vereitelt. Insoweit wäre die Entgeltsforderung des Veräußerers, die durch die Vereinbarung über die Schuldübernahme gehemmt

3) Gürgens in Ihering's Jahrb., Bd. 8 S. 261 fg.; Windscheid, § 338 Note 6; Unger, a. (Note 1) a. O. S. 12 und Note 38. Derselbe Standpunkt ist in den Motiven z. Entw. des B.G.B., Bd. 2 S. 145 und in der Münster'schen Dissertation (Note 2) vertreten, sowie von mir an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten.

war, wieder frei. Man darf aber dem Veräußerungsvertrag den eventuellen Inhalt unterstellen, daß sich in Ermangelung des Schuldnerwechsels der Uebernehmer seinem Vertragsgegner verpflichtet hat, dessen Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. So auch B.G.B. § 415 Abs. 3: — „ist im Zweifel der Uebernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen, ... wenn der Gläubiger die Genehmigung verweigert."

Nach dieser Theorie — ich möchte sie die Verfügungstheorie nennen — können dem Gläubiger vom Uebernehmer zwar alle Einreden entgegengesetzt worden, die in der übernommenen Schuld ihren Grund haben, nicht aber Einreden aus dem Vertragsverhältniß zwischen Uebernehmer und Schuldner. Wegen Mängel des Veräußerungsvertrags, wegen Nichterfüllung der dem Veräußerer obliegenden Vertragspflicht kann sich der Uebernehmer nur an den Veräußerer halten. Ebenso B.G.B. § 417.

Man wird nicht bestreiten können, daß die Verfügungstheorie der Auffassung des Verkehrs entspricht. Was aber schwerer wiegt: sie verwirklicht die Parteiabsicht auf einfachem Wege und giebt dem Gläubiger einen festen Untergrund für seine Willensentschließung, sie bringt ihn nicht in die Gefahr, durch seine Zustimmung zum Schuldnerwechsel sein gutes Recht mit einer Anzahl ihm unbekannter Anfechtungsgründe zu beladen.

Gleichwohl hat die Verfügungstheorie nicht allseitig Anklang gefunden.

Vor allem hat Bähr[4]) den Gedanken einer Sondernachfolge in die Schuld für „juristisch unmöglich", für „völlig unhaltbar" erklärt. Gegen den Vorwurf der juristischen Un-

4) Archiv für civil. Praxis, Bd. 67 S. 183 fg.; Münchener Krit. Vierteljahresschr., Bd. 30 S. 369; Arch. für bürg. Recht, Bd. 2 S. 99.

möglichkeit einer Zurechtlegung sind wir heutzutage etwas mißtrauisch. Bekanntlich ist die Zeit nicht fern, wo hervorragende Civilisten bei Obligationen den willkürlichen Gläubigerwechsel oder die Sondernachfolge in das Forderungsrecht für juristisch unmöglich erklärt haben. Jetzt darf man den Juristen suchen, der an diese Unmöglichkeit glaubt. Aehnlich wird es sich bald mit der Unmöglichkeit einer Sondernachfolge in die Schuld verhalten [5]).

Andere Gegner der Verfügungstheorie stoßen sich nicht an der Sondernachfolge, wohl aber an der Vorstellung, daß in der Vereinbarung zwischen Schuldner und Uebernehmer eine Verfügung über fremdes Recht enthalten sei. So Menzel (Grünhut's Zeitschr., Bd. 11 S. 598, 1884) und Lothar Seuffert (a. Note 1 a. O. S. 45 fg., 1889); ihnen schließt sich jetzt Blume oben S. 400 fg. an. Gegen Menzel war meine Ausführung in der Münchener Krit. Vierteljahrsschr., Bd. 28 S. 396 (1886) gerichtet, der Unger (a. Note 1 a. O. S. 26) beigetreten ist. Die Einwendungen der beiden neueren Gegner haben mich an meiner bisherigen Auffassung nicht irre gemacht. Es sei mir gestattet, meine Gründe an der Hand von Blume's Darstellung zu entwickeln. Blume erinnert gegen die theoretische Vorstellung ungefähr Folgendes. Er thut es im Anschluß an die Vorschriften des B.G.B., die aber in der Hauptsache der gemeinrechtlichen Verfügungstheorie entsprechen.

a) Von einer Genehmigung, die der Gläubiger zu der Verfügung über sein Recht im Sinne des § 185 B.G.B. ertheilt, könne schon darum keine Rede sein, weil der Gläubiger nach § 415 erst dann zur Genehmigung befugt sei, wenn ihm

---

5) R.O.H.G., Bd. 8 Nr. 27 S. 118: „Die Schuldübernahme schafft einen neuen Schuldner, nicht einen Schuldgrund."

die Parteien von ihrem Uebereinkommen Mittheilung gemacht haben, und ferner weil die Parteien ihm für seine Erklärung eine Frist setzen können, nach deren fruchtlosem Ablauf die Genehmigung als verweigert gilt. Die Parteien könnten aber dem Gläubiger keine Vorschrift machen, wie er sich zu ihrer Verfügung verhalten will (S. 400).

Die letzte Behauptung ist gewiß richtig, aber ebenso richtig der Satz, daß die Parteien ihre Verfügung nach ihrem Belieben gestalten können. Sie können ausdrücklich vereinbaren, daß ihre Verfügung von einer Mittheilung an den Gläubiger und auch von der Zustimmung des Gläubigers innerhalb bestimmter Frist abhängig sein soll. Nach solcher Verabredung ist die Verfügung vor der Mittheilung an den Gläubiger noch nicht genehmigungsreif und verliert sie die Genehmigungsfähigkeit, wenn der Gläubiger die Zustimmung nicht innerhalb der gesetzten Frist erklärt. Was nun die Parteien ausdrücklich bestimmen können, das legt das Gesetz in jeden derartigen Vertrag, wenn nicht das Gegentheil verabredet ist. Blume verkennt, daß Schuldner und Uebernehmer in ihrem Vertrag die Grundlage für die Genehmigung schaffen und daß sie dabei nicht an eine abstrakte Schablone gebunden sind.

b) Der Schuldübernahmevertrag — so wendet Blume S. 401 weiter ein — enthalte keine Verfügung über das Recht des Gläubigers im Sinne von § 185 B.G.B.

„Genehmigt der Eigenthümer die Veräußerung seiner Sache durch einen Anderen, so heißt das: er wolle den Vertrag so gelten lassen, als wenn er in seinem, des Berechtigten Namen geschlossen worden sei. Er läßt die fremde Rechtshandlung als eigene gelten, genehmigt also, streng genommen, nicht den Vertrag, sondern die Willenserklärung des Veräußerers. Es ergiebt sich die Rechtswirkung der Genehmigung mithin daraus, daß eine der beiden Parteien zwar

nicht subjektiv, aber objektiv an Stelle des Berechtigten gehandelt hat. Wem von den beiden Theilen fällt nun bei der Schuldübernahme diese Rolle zu? Dem Urschuldner, der den Uebernehmer in die Schuld hineinsetzt? Oder dem Uebernehmer, der den Urschuldner für frei erklärt? Oder allen beiden? Ich glaube, man braucht sich diese Frage nur einmal vorzulegen, um zu finden, daß § 415 mit § 185 nicht in Parallele gestellt werden kann".

Diese Ausführung leidet an einem doppelten Gebrechen. Sie verkennt das Wesen der Genehmigung im Sinne von § 185 B.G.B. und verkennt die Natur des hier vorliegenden Eingriffs in eine fremde Vermögenssphäre.

aa) Blume geht von der Vorstellung aus, daß Jeder, der über ein fremdes Recht Verfügung trifft, im Namen des Berechtigten als dessen Stellvertreter handelt. Diese Vorstellung ist für die Verfügung, auf die § 185 berechnet ist, rrthümlich. Ich will kein Gewicht darauf legen, daß die Absicht, ja auch nur das Bewußtsein, einen Anderen zu vertreten, dem fern liegt, der in eigenem Interesse eine fremde Sache veräußert oder zum Unterpfand giebt. Allein eine Stellvertretung läßt sich doch nur annehmen, wenn beim Geschäftsabschluß dem Erwerber erkenntlich ist, daß sein Gegner den Traditions- oder Verpfändungsvertrag im Namen eines Anderen abschließt. Nun kann aber nach § 185 die Genehmigung wirksam ertheilt werden, wenn dem Erwerber verborgen blieb, duß die ihm veräußerte oder verpfändete Sache seinem Vertragsgegner nicht gehörte. Ja noch mehr: diese Genehmigung ist selbst dann zulässig, wenn auch der Veräußerer glaubt, er treffe über eigenes Recht Verfügung. Damit ist die Vorstellung von einer Stellvertretung unvereinbar. Es giebt keinen unbewußten Stellvertreter.

Auch die römische Jurisprudenz stellte den Vorgang nicht

unter den Gesichtspunkt der Vertretung. Denn während sie die Stellvertretung grundsätzlich ablehnte, hat sie in verschiedenen Anwendungen anerkannt, daß eine Verfügung, die Jemand über fremdes Recht im eigenen Interesse getroffen hat, durch Zustimmung des Berechtigten wirksam werde. Die voluntas der Römer ist die Einwilligung im Sinn von B.G.B. § 185 [1], ihr ratum habere die Genehmigung im Sinn von § 185 [2]:

Paul. L. 20 pr. de pign. act. 13, 7 (dazu R.G.E., Bd. 36 Nr. 39 S. 162); Pomp. L. 9 § 2 de donat. 39, 5; Const. 3 R. V. 3, 32 (Alexander).

In einer Stelle treffen wir geradezu die Verfügung über ein fremdes Forderungsrecht, die nach Ansicht des Juristen durch die Zustimmung des Gläubigers Wirkung auf dessen Vermögen erhält:

Jul. L. 8 i. f. de novat. 46, 2: non tamen si quis stipuletur quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur.

Das Wesen dieser Zustimmung hat schon vor 40 Jahren Ihering (in diesen Jahrb., Bd. 2 S. 123) richtig gezeichnet: es handelt sich nicht um die Zustimmung Jemandes zu dem Rechtsgeschäft eines Anderen, sondern um die Zustimmung und Mitwirkung des Berechtigten zu der Disposition eines Nichtberechtigten über seine, des Berechtigten Sache. Man kann den Gedanken auch so ausdrücken: Der Berechtigte hebt durch seine Zustimmung das Hinderniß, das sich ohne sie der Einwirkung der fremden Verfügung auf sein Vermögen entgegenstellt.

Mit der Vorstellung von der Vertretung fällt der Zweifel, mit dem Blume die Verfügungstheorie aus den Angeln zu heben glaubt, der Zweifel, wer bei dem Schuldübertragungsgeschäft die Rolle des Vertreters spielt. Die Antwort ist: keiner.

bb) Der von der Analogie der Veräußerung fremden Eigenthums hergeleitete Einwand versagt auch darum, weil es sich bei der Schuldübertragung um einen Eingriff anderer Art handelt. Dem Gläubiger soll nicht sein Recht entzogen, es soll nur darin eine Aenderung herbeigeführt werden, ein Subjektwechsel. So **Blume** selbst S. 399. Diesem Fall steht am nächsten die Verpfändung einer Sache zur ersten Stelle, woran ein Anderer ein Pfandrecht hat (**Marcian.** L. 12 § 4 qui pot. 20, 4). Wie gesucht, um nicht mehr zu sagen, wäre hier die Unterstellung, der Verpfänder habe im Namen des älteren Pfandgläubigers auf dessen Vorrang verzichtet!

Mit alledem ist nur die rechtliche Möglichkeit erwiesen den Vorgang bei der zweigliedrigen Schuldübernahme vom Standpunkt der Vertretungstheorie zu erklären. Indes führt vielleicht diese Theorie zu unerträglichen praktischen Folgen. Damit wäre sie gerichtet.

Auf eine solche Folge haben **Bähr** und **Blume** hingewiesen. Sie sagen: wenn der Schuldner (und Veräußerer) auf Grund des mit dem Uebernehmer geschlossenen Vertrags in der Lage ist, durch Mittheilung der Schuldübernahme an den Gläubiger über den Kopf des Uebernehmers hinweg den Schuldübergang herbeizuführen, so ist der Schutz, den die Einrede des nicht erfüllten Vertrags dem Uebernehmer in seiner Eigenschaft als Käufer bietet, der Willkür seines Vertragsgegners preisgegeben. Die Schuldübernahme soll ja nur das Entgelt oder ein Stück des Entgelts für die Verpflichtung sein, die dem Schuldner als Veräußerer obliegt. Mit der Vollendung der Schuldübernahme entschlüpft dieses Entgelt den Händen des Uebernehmers und wächst dem Vermögen des Schuldners (Veräußerers) zu.

Das ist wohl auch der Grund, warum **Blume** den § 415 B.G.B. für ein todtgeborenes Kind erklärt. Er meint,

ein Geschäft, wie es § 415 voraussetze, komme im Leben nicht vor.

Dieser Behauptung liegt vor allem eine Verwechslung zu Grunde. Es wird der Thatbestand eines Geschäfts mit den vom Gesetz an diesen Thatbestand geknüpften Wirkungen verwechselt. Wollen die Parteien den Thatbestand, so müssen sie die Wirkungen in den Kauf nehmen, die das Gesetz damit verbindet. Hat Jemand ein Grundstück käuflich erworben, das zur Zeit des Kaufs vermiethet oder verpachtet und dem Miether oder Pächter übergeben war (Blume, oben S. 430), so wirkt nach § 571 B.G.B. das Mieth- oder Pachtverhältniß gegen ihn, möchte er auch daran wenig Freude haben. Hat der zur Erbschaft Berufene die Erbschaft angenommen, ohne daß er nach gemeinem Recht die Rechtswohlthat des Inventars erworben hat, oder nach B.G.B., ohne daß eine Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet ist, so haftet er für die Erbschaftsschulden über den Betrag der Erbschaft hinaus; dagegen schützt ihn nicht die Vertheidigung, er habe solchen Erbschaftserwerb nicht gewollt. Diese Beispiele, die leicht vermehrt werden könnten, genügen, um darzuthun, wie unberechtigt es ist, dem § 415 B.G.B. die Anwendbarkeit auf den im Verkehr vorkommenden Schuldübernahmevertrag abzusprechen, weil nach dem Gesetz daraus eine einer Partei unerwünschte Rechtsfolge entspringt. Man könnte nur sagen: der § 415 hat eine Härte geschaffen, die im Verkehr empfunden wird, die etwa Beseitigung erheischt.

Sieht man sich aber diese Rechtswirkung genauer an, so stellt sich das strenge Urtheil Blume's noch weniger begründet dar.

Die Gefahr, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gegen seinen Willen zu verlieren, besteht für den Uebernehmer nur dann, wenn der Schuldner seiner Verpflichtung aus dem

Veräußerungsvertrag noch nicht nachgekommen ist, wenn er noch etwas zu übergeben oder sonst zu leisten hat. Das trifft keineswegs bei jedem Schuldvertrag zu. Man vergleiche z. B. den Fall in R.G.E., Bd. 32 Nr. 40 S. 156. Insoweit wird man dem Kind doch Leben zugestehen müssen.

Es kann ferner von jener Gefahr keine Rede sein, wenn der Uebernehmer (Käufer) dem Schuldner (Verkäufer) kreditirt hat. Es kommt bei Veräußerungen nicht so selten vor, daß der Käufer sofort beim Kaufabschluß vor Uebergabe der Sache, vor Auflassung des Grundstücks und vor Eintragung im Grundbuch eine Anzahlung am Kaufpreis macht. „Ist es denn etwas so Unerhörtes, daß ein Gläubiger auf die Redlichkeit und Zahlungsfähigkeit seines Schuldners vertraut?" (Blume, S. 411).

Ich will damit aber nur darthun, daß die mit der Anwendung des § 415 verknüpfte mißliche Folge nicht so ungeheuerlich ist, um den Paragraphen ganz über Bord zu werfen. Ich will dem Bedenken keineswegs jede Berechtigung absprechen. Aber statt nach dem Rezept des Dr. Eisenbart dem Patienten den Kopf abzuschneiden, ist es wohl der Untersuchung werth, ob nicht auf minder blutigem Weg geholfen werden kann. Und es kann geholfen werden. Es bedarf nur beim Abschluß eines Schuldübernahmevertrages einiger Vorsicht. Der Uebernehmer muß beim Vertragsschluß mit dem Schuldner auf die Aufnahme der Bestimmung dringen, daß der Schuldner zur Mittheilung der Schuldübernahme an den Gläubiger erst befugt sein soll, wenn er seine Verpflichtung gegen den Uebernehmer erfüllt oder dafür Kredit erhalten hat. Daß eine solche Einschränkung des Mittheilungsrechts vereinbart werden kann, unterliegt wohl keinem Zweifel (S. 475). Und will der Uebernehmer ganz sicher gehen, so macht er dem Gläubiger von dieser Einschränkung Anzeige; dann ist der

Gläubiger auch durch den guten Glauben an die Unbeschränktheit des Mittheilungsrechts nicht geschützt. Also: vigilantibus jura sunt scripta.

Wem diese Hülfe zu unvollkommen dünkt, der kann sich über das Bedenken, das die unbedingte Anwendung des § 415 wach ruft, mit der Erwägung beruhigen, daß die überwiegende Mehrzahl der Schuldübernahmefälle der Herrschaft nicht des § 415, sondern des § 416 B.G.B. unterstehen wird. Hiervon unter III.

3) Die Angebotstheorie. Ausgehend von der angeblichen Unmöglichkeit, daß sich ein Schuldnerwechsel ohne einen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Uebernehmer vollziehe, haben nicht wenige Juristen zu der — im Einzelnen nicht gleichartigen — Erklärung gegriffen, der Uebernehmer stelle dem Gläubiger das Angebot, sein Schuldner an Stelle des bisherigen Schuldners zu werden; die Genehmigung des Gläubigers enthalte die Annahme dieses Angebots. Diesen Juristen haben sich neuerdings Lothar Seuffert, Kipp und Blume, a. a. OO. angeschlossen[6]). Sie erblicken in der an den Gläubiger gerichteten Aufforderung zur Genehmigung das Vertragsangebot. Nun geht freilich die Aufforderung nicht selten vom Schuldner aus. Nach Seuffert und Blume[7]) stellt der Schuldner damit ein Verpflichtungsangebot an den Gläubiger Namens des Uebernehmers und in dessen Ermächtigung. Woher diese Ermächtigung? Seuffert meint, sie folge für den Schuldner aus seinem Vertrag mit dem Uebernehmer. Da entwischt aber dem Uebernehmer die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Daher sagt vorsichtiger Blume, S. 413: „Der Schuldner braucht sich nur, wenn er

6) Ueber frühere Vertreter vergl. Münster, a. a. O. S. 63.

7) Kipp mischt den unhaltbaren dreiseitigen Vertrag ein.

seine Verpflichtung gegen den Uebernehmer erfüllt, von diesem eine unwiderrufliche Vollmacht ertheilen zu lassen." Das pflegt allerdings nicht zu geschehen. Daher fährt Blume fort: „Es steht nichts entgegen, diese Vollmacht als stillschweigend ertheilt gelten zu lassen, wenn der Uebernehmer die Leistung des Urschuldners annimmt, ehe er dessen Befreiung erwirkt hat." Wir sehen: zur Herstellung des Vertrags muß der deus ex machina, die Fiktion helfen; denn nichts Anderes liegt darin, obwohl sich Seuffert gegen diese Bezeichnung sträubt.

Ich frage: ist diese Zurechtlegung nicht eine juristische Künstelei erster Güte? Es kommt ja vor, daß man sich einer gesuchten Rechtsauffassung beugen muß, aber doch nur da, wo kein anderer Weg offen steht. Das ist hier nicht der Fall, wie oben gezeigt.

Als Ergebniß seiner Ausführung stellt Blume S. 416 den Satz hin: „Der Schuldübernahmevertrag zwischen Urschuldner und Uebernehmer soll nach Absicht der Betheiligten nur interne Wirkung haben; nach außen wird eine Wirkung erst erzielt durch ein an den Gläubiger gerichtetes Angebot zur Schuldübernahme, das sowohl der Uebernehmer wie auch sein Bevollmächtigter, der Urschuldner abgeben kann." Ich kann dies nur dahin verstehen: Trotzdem daß das Uebereinkommen nach der erkennbaren Absicht der Vertragschließenden nur unter ihnen rechtliche Wirkung äußern soll, ist der Schuldner befugt, den Uebernehmer in ein unmittelbares Haftverhältniß zum Gläubiger zu setzen, und dies sogar vermöge einer stillschweigenden, besser fingirten Vollmacht des Uebernehmers. Das wäre doch eine seltsame Rechtsbehandlung, eine völlig unberechtigte Mißachtung des Parteiwillens. Es ist nur ein Doppeltes möglich: Entweder ist die Absicht der Vertragschließenden erkennbar auf eine rechtliche Wirkung des Geschäfts unter ihnen beschränkt; dann bleibt die Schuldabwäl-

zung „intern" und der Schuldner kann dem Geschäft nicht einseitig eine weiter gehende Wirkung beilegen; mit anderen Worten das Geschäft bewegt sich in den oben geschilderten Grenzen der Erfüllungsübernahme. Oder die Parteien wollen, daß der Schuldner durch den Eintritt des Uebernehmers in ein unmittelbares Haftverhältniß zum Gläubiger befreit werde; dann ist von ihnen nicht lediglich eine „interne Wirkung" gewollt.

III. Die Hypothekschuldübernahme.

Die weitaus häufigste Erscheinung der befreienden Schuldübernahme ist die Uebernahme einer Hypothekschuld als persönliche Schuld durch den Käufer des verpfändeten Grundstücks „auf Abrechnung am Kaufpreis". Bisher war die Theorie gewohnt, die Lehre von der Schuldübernahme gerade an dieser Erscheinung zu entwickeln. Darin erblickt Blume (S. 405) einen Fehler, der die Theorie in falsche Bahnen gelenkt habe. Die sog. „Hypothekübernahme" sei keine Schuldübernahme im gewöhnlichen Sinn, namentlich nicht im Sinn von § 415 B.G.B. Bei ihr dränge alles darauf hin, die interne Schuldübernahme zur externen zu gestalten (S. 416). Den Parteien sei das Bewußtsein von einer neben der Hypothek stehenden persönlichen Schuld vielfach (!) geschwunden; sie sprächen auch nur von Hypothekübernahme, nicht von Hypothekschuldübernahme. Sie dächten in erster Linie nur an die dingliche Schuld, nicht an die persönliche (S. 405). Den Parteien erschiene die persönliche Schuld durchaus als Zubehör der dinglichen, die Uebernahme der persönlichen Schuld als nothwendige Folge der Uebernahme des mit der Hypothek belasteten Grundstücks (S. 421). An dem Uebergang der persönlichen Schuld in Verbindung mit der dinglichen hätten alle Betheiligten ein Interesse. Am wenigsten noch der Grundstücksverkäufer (!); denn er sei wegen des allenfallsigen Zugriffs des Gläubigers auf ihn gesichert, weil die Hypothek

kraft Gesetzes (B.G.B. § 1164) auf ihn übergeht, wenn er den Gläubiger befriedigt; freilich setze die Sicherung voraus, daß die Hypothek für die Schuld genügende Deckung bietet. Ein größeres Interesse an dem Schuldübergang habe der Uebernehmer, er gewinne eine Vereinfachung seiner Rechtslage. Aus dem gleichen Grund müsse der Gläubiger den Schuldübergang wünschen, dieser überdies noch, weil er die Kündigung der Hypothek gewärtigen müsse, wenn dem Schuldner der Weg zur Schuldübertragung versperrt sei. Aus diesen Gründen sei der Uebergang der persönlichen Schuld die natürliche Folge des Uebergangs der Hypothek, einer besondern Uebernahme der persönlichen Schuld bedürfe es beim Erwerb des verpfändeten Grundstücks nicht. Das sei die Rechtsentwickelung, die sich in Deutschland vollzogen und die im § 416 B.G.B. Ausdruck gefunden habe (S. 421 fg.).

So weit Blume. Bei der Prüfung seiner Ausführung will ich mich zunächst mit deren allgemeinen Grundlage beschäftigen und erst dann zum Inhalt des § 416 wenden.

1) In der reinen Luft der Theorie stimmt die Rechnung Blume's über den Werth einer persönlichen Forderung oder Schuld neben der durch die Hypothek gebotenen dinglichen. Die rauhe Wirklichkeit weist leider nicht selten die Erscheinung auf, daß bei einem Zwangsverkauf der Erlös aus dem verpfändeten Grundstück zur Deckung einer Hypothekforderung nicht hinreicht. Dann ist für den Gläubiger nicht werthlos, sich zu seiner Befriedigung an das ganze Vermögen des persönlichen Schuldners halten zu können; und andererseits wird dann der persönliche Schuldner seine Haftung recht empfindlich verspüren. Daher bezahlen der Erwerber eines hypothekarisch belasteten Grundstücks mit der Uebernahme der persönlichen Schuld und der Hypothekgläubiger mit der Genehmigung des Schuldnerwechsels den Vortheil einer vereinfachten Rechtslage unter Umständen recht theuer.

Erfahrung gegen Erfahrung. Nach meiner Erfahrung ist den am Grundstückverkehr betheiligten Personen das Bewußtsein von einer neben der hypothekarischen Haftung bestehenden persönlichen nicht so sehr abhanden gekommen, daß sie bei der Veräußerung eines hypothekarischen Grundstücks an die persönliche Haftung nicht denken. Nicht minder ist meiner Erfahrung entgegen, daß die Parteien nur von einer Hypothekübernahme sprechen, wenn sie die Schuldüberwälzung beabsichtigen. In den vielen Verträgen, bei denen ich während meiner praktischen Thätigkeit mitzuwirken hatte, hieß es immer: „der Käufer übernimmt auf Abrechnung am Kaufpreis die auf dem Grundstück eingetragene Darlehnsschuld an N N" oder „die Hypothekschuld an N N." Niemals wurde in zweideutiger Weise nur von der Uebernahme der Hypothek gesprochen, von ihr überhaupt nicht, da sie als nothwendige Folge des Grundstückserwerbs galt.

Nach Blume vollzieht sich mit dem Uebergang des Eigenthums am hypothekarisch belasteten Grundstück der Uebergang der persönlichen Schuld vom Verkäufer auf den Käufer. Die Mittheilung der Uebernahme an den Gläubiger enthält ihm zufolge nicht die Aufforderung, zu genehmigen, sondern den Hinweis, daß er zur Meidung der Befreiung des Schuldners binnen 6 Monaten Einspruch gegen den Schuldübergang zu erheben habe (S. 425).

Dem gegenüber frage ich: Giebt es einen Richter, der den Eigenthümer eines Grundstücks, auf dem eine Forderung im Grundbuch eingetragen ist, auf die Klage aus der persönlichen Forderung hin verurtheilt und die Zwangsvollstreckung in dessen ganzes Vermögen ermöglicht, wenn die Klage lediglich darauf gestützt ist, daß der Beklagte das mit der Hypothek belastete Grundstück erworben hat?

2) § 416 B.G.B. lautet:

„Uebernimmt der Erwerber eines Grundstücks durch Vertrag

mit dem Veräußerer eine Schuld des Veräußerers, für die eine Hypothek an dem Grundstück besteht, so kann der Gläubiger die Schuldübernahme nur genehmigen, wenn der Veräußerer sie ihm mittheilt."

Der Inhalt dieses Satzes läßt sich nach Blume S. 423 so wiedergeben:

„Wer ein Grundstück mitsammt einer darauf lastenden Hypothek übernimmt, tritt mit der Auflassung des Grundstücks in die zur Hypothek gehörige persönliche Schuld ein."

Das Gesetz spricht von der Uebernahme einer Schuld, für die eine Hypothek besteht. Dieser Gedanke ist in der Blume'schen Wiedergabe verduftet; sie spricht bloß von der Uebernahme des Grundstücks. Ich bin kein Ritter des Buchstabenkultus, aber auf die Art, wie hier Blume thut, darf man m. E. mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht umspringen. Wir müssen uns hüten, lieb gewordene Theorien in das Gesetz hineinzulesen. Oder soll etwa der von mir in der Blume-schen Wiedergabe vermißte Gedanke in den Worten stecken: „mitsammt der darauf lastenden Hypothek"? Hierauf wäre zu erwidern: aus dem Munde eines Laien mag ein so ungenauer Ausdruck hingehen, ein Jurist darf so nicht sprechen. Davon aber abgesehen, ist dann doch der Uebergang der persönlichen Schuld keine selbstverständliche, geschweige denn eine nothwendige Folge des Eintritts in die dingliche Haftung, und der Zusammenhang zwischen § 415 und § 416 hergestellt.

Nach alledem glaube ich, daß eine höhere Instanz das Todesurtheil, das Blume über § 415 gefällt hat, nicht bestätigen und seine Auslegung des § 416 ablehnen wird.

Der § 415 wird der Anwendung eine andere Schwierigkeit bieten: worin liegt eine Genehmigung des Gläubigers im Sinne dieses §? Doch kann ich die Frage an diesem Ort nicht weiter verfolgen.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 1898




Digitized by Google

